# Wann erwirbt beim Kommissionseinkauf der Kommittent nach heutigem Recht Eigentum am Kommissionsgut?

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**August Deutskens**

Referendar aus Straelen.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

# Wann erwirbt beim Kommissionseinkauf der Kommittent nach heutigem Recht Eigentum am Kommissionsgut?

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**August Deutskens**

Referendar aus Straelen.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0062

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

**A. Einleitung.**

§ 1. Die alte Streitfrage des gemeinen Rechts über den Eigentumsübergang im Kommissionshandel hat auch im neuen HGB. wie BGB. keine ausdrückliche Regelung gefunden . . . . . 1

**B. Hauptteil.**

I. Direkter Eigentumserwerb des Kommittenten ist für gewöhnlich ausgeschlossen.

§ 2. 1. Wesen des Kommissionsvertrages im allgemeinen und dessen Einfluß: . . . . . 2
a) auf den Kaufvertrag,
b) auf den Eigentumserwerbsakt.
α) Wille des Verkäufers,
β) des Kommittenten,
γ) des Kommissionärs.

§ 3. 2. Sonderregeln: . . . . . 8
a) beim Einkauf von Gattungssachen,
b) bei Inkassokommissionen,
c) beim Selbsteintritt.

3. Erfordernisse eines direkten Eigentumserwerbs des Kommittenten nach § 929 BGB. Stellvertretung:

§ 4. a) im Besitzerwerb, . . . . . 15

§ 5. b) bei der Einigung: . . . . . 18
α) Allgemeines.
β) Offenheitsprinzip des § 164 BGB.
αα) Die verschiedenen Ansichten.
ββ) Richtige Auslegung.

§ 6. 4. Bedeutung des § 392 HGB. für die Entscheidung der Eigentumsfrage . . . . . 27

§ 7. 5. Konkurs des Kommissionärs und des Kommittenten . . . 30

Seite

II. Eigentumserwerb des Kommittenten vor der realen Übergabe des Kommissionsgutes ist möglich:

§ 8. 1. durch constitutum possessorium: . . . . . 33
a) § 930 BGB.,
b) § 181 BGB.

§ 9. 2. Bei Wertpapieren nach dem Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 36

C. Schluß.

§ 10. Die Eigentumsfrage beim Kommissionsverkauf . . . . . 39

# Literaturverzeichnis.


**Bekker** in Iherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 1—82.

**Biermann**, Kommentar zum BGB.: Sachenrecht. 1903.

Börsengesetz von 1896.

**Breit**, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1899.

**Bruck**, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1900.

**Cosack, Conr.**, Lehrbuch des HR. 1903.

**Cosack, Conr.**, Lehrbuch des BGB. Bd. 1 1899 und 1903, Bd. 2 1903.

**Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1905.

**David** im Recht Jahrg. 5 1901 Nr. 20.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB.

**Düringer-Hachenburg**, HR. Bd. 2 1901, Bd. 3 1905.

**Dernburg**, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 3. 1904.

**Eck**, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. 1896.

**Ehmcke**, Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf. Greifswalder Dissertation. 1900. (Druck von Julius Abel-Greifswald.)

**Endemann, W.**, Kritik über Grünhut: „Das Recht des Kommissionshandels" in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft N. F. Bd. 3.

**Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1905.

**Goldschmidt**, Handbuch des Handelsrecht. 1868.

**Grünhut**, Das Recht des Kommissionshandels. 1879.

**Hahn**, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6. 1897.

**Isay**, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.

**Jaeger**, Kommentar zur KO. und den Einführungsgesetzen. 1904.

**Jung**, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 47 S. 183—286.

Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1903.

**Kipp**, Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. B. Windscheid unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und 2. 1900.

**Kniep**, Besitz. 1900.

**Langen,** Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften. 1900.
**Lenel** in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 36 S. 1—127.
**Lehmann-Ring,** HR. Bd. 2. 1901.
**Lehmann** in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 51.
**Lepa,** Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge. 1883.
**Leonard, Fr.,** Vertretung beim Fahrniserwerb. (1899.)
**Kohler** im Archiv für bügerliches Recht Bd. 18. 1900.
**Makower,** HR. (1904.)
**Meyer,** Kommentar zur KO. 1899.
**Mitteis,** Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. (1885).
Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1888.
**Müller-Erzbach,** Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, (1905.)
**Mugdan,** Die gesamten Materialien zum BGB. 1896.
**Planck,** BGB. Bd. 1 1903, Bd. 3 1902.
**Pöppinghaus,** Die Rechtsstellung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs. Erlanger Dissertation 1899.
Protokolle zum Entwurf des BGB. Bd. 1.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB.
Reichsgericht in Strafsachen. Bd. 2, 3.
Reichsgericht in Zivilsachen. Bd. 5, 11, 24, 30, 32, 35, 43, 53.
Reichsoberhandelsgericht. Bd. 11, 16, 18, 19, 22, 25.
**Rießer,** Bankdepotgesetz. 1897.
**Rümelin** im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 43.
**Schloßmann,** Der Besitzerwerb durch Dritte. 1881.
**Schloßmann,** Lehre von der Stellvertretung. Teil 1. (1900.)
**Staub,** HR. Bd. 2. 1900.
**Strohal** in Jherings Jahrbüchern S. 1—138.
**Strohal** in Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Bd. 4.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 29, 44.

---

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

# A. Einleitung.

§ 1.

Schon im gemeinen Recht herrschte ein lebhafter Streit über die Frage, ob bei der Einkaufskommission der Kommissionär oder der Kommittent Eigentümer der vom Verkäufer tradierten Waren werde. Lange wurde über diesen Punkt auf der Nürnberger Konferenz beraten. Nach § 284 des preuß. Entwurfes, der bei den Nürnberger Beratungen zugrunde gelegt wurde, sollte beim Einkauf von Speziessachen das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehen, bei Genussachen mit dem Augenblick der Aussonderung oder Absendung. Er lautete wörtlich:

„Der Kommissionär, welcher eine Einkaufskommission ausführt, erwirbt das Eigentum des Guts dem Kommittenten in dem Zeitpunkte, in welchem der Kommissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er das Geschäft für seine eigene Rechnung geschlossen hätte.

Jedoch geht das Eigentum an vertretbaren Sachen erst dann auf den Kommittenten über, wenn sie mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Kommittenten abgesendet sind."

Dieser Paragraph wurde in der 1. Lesung mit folgender Änderung angenommen:

„Der Kommissionär, welcher eine Einkaufskommission ausführt, erwirbt das Eigentum des Gutes zunächst für sich; jedoch geht das Eigentum auf den Kommittenten in dem Zeitpunkt über, in welchem der Kommissionär dem Kommittenten über den Eigentumserwerb Anzeige erstattet." (Art. 312 Entw. 1. Les.)

Nachdem in der 2. Lesung noch verschiedene Abänderungsanträge gestellt waren, wurde schließlich, da eine allseits befriedigende Regelung nicht gefunden werden konnte, die Streichung des Art. 312 mit 11 gegen 6 Stimmen beschlossen.[1]) So blieb die Eigentumsfrage beim Kommissionseinkauf im alten Handelsgesetzbuch unentschieden.

[1]) vgl. über die Nürnberger Verhandlungen, besonders auch über die für und

Aus denselben Gründen suchen wir, trotzdem sich in der Folge immer und immer wieder die Notwendigkeit einer genauen Regelung der Eigentumsfrage im Interesse der Sicherheit des Verkehrs gezeigt hatte, in den §§ 383—406 des neuen HGB. vergebens nach entsprechenden Bestimmungen.[1])

Es kommen nun nach § 2 des EG. z. HGB. die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht. Daß auch dieses die alte Kontroverse nicht aus der Welt geschafft hat, lehrt das Studium der neuesten diese Materie behandelnden Literatur.[2]) Während unter der Herrschaft des gemeinen Rechts[3]) die Mehrzahl der Schriftsteller für den direkten Eigentumserwerb des Kommittenten eintrat, soll im folgenden der Nachweis versucht werden, daß eine solche Annahme mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unvereinbar ist. Das Thema der vorliegenden Arbeit ist auf die Eigentumsfrage beim Kommissionseinkauf beschränkt; die aufzustellenden Regeln gelten aber analog für den Kommissionsverkauf, so daß hiermit auch für diesen im großen und ganzen die Entscheidung der Eigentumsfrage gegeben sein dürfte.

---

gegen die einzelnen Anträge angeführten Gründe: Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels S. 442—452.

[1]) Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 6 S. 386.

[2]) Jung in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 47 S. 1—183. Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des BGB.; Ehmcke, Der Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf nach Reichsrecht, Diss. 1900; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften 1900.

[3]) vgl. Grünhut l. c. S. 441 ff. und Langen l. c. S. 46 ff.

## B. Hauptteil.

### § 2.

I, 1. Um den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges auf den Kommittenten bei der Einkaufskommission festzustellen, ob also der Verkäufer bei der Übergabe dem Kommissionär oder direkt dem Kommittenten Eigentum an dem Kommissionsgute überträgt, erscheint es zweckmäßig, zunächst auf das Wesen des Kommissionsvertrages einzugehen. Er ist die Grundlage, auf der sich der Kaufabschluß und die Eigentumsübertragung aufbaut. Nach § 383 HGB. nimmt derjenige die Stellung eines Kommissionärs ein, welcher es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Hiernach begründen nur der gewerbsmäßige Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren die Eigenschaft eines Kommissionärs und somit nach § 1 Abs. 2 Nr. 6 HGB. die eines Kaufmanns. Es finden aber die Regeln über das Kommissionsgeschäft auch dann Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines anderen im eigenen Namen, oder wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, ein Handelsgeschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt (§ 406 HGB.: sogen. uneigentliche Kommissionsgeschäfte). Den Kommissionsvertrag im weitesten Sinne, als den umfassenderen Begriff zu dem des Kommissionärs, kann man also als denjenigen gegenseitigen Vertrag definieren, durch den ein Kaufmann den Abschluß eines Geschäftes im Betriebe seines Handelsgewerbes im eigenen Namen für fremde Rechnung übernimmt. Seiner rechtlichen Natur nach ist er ein Werkvertrag,[1])

[1]) Denkschrift zum HGB. S. 232 und Staub, HGB. Bd. 2 S. 1419/20 halten ihn für einen Dienstvertrag. Übereinstimmend: Düringer-Hachenburg, HGB Bd. 3 S. 337 und Jaeger, KO. zu § 23 Anm. 7; Makower, HR. zu § 383 S. 1245/46.

da die Geschäftsbesorgung regelmäßig gegen Entgelt übernommen wird und es bei derselben vor allem auf den Erfolg, den Abschluß des Handelsgeschäftes, ankommt. Auf den Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden gemäß § 675 BGB. die wesentlichsten Bestimmungen über den Auftrag entsprechende Anwendung. Diese Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geben aber nur den allgemeinen Rahmen, in den sich das Kommissionsgeschäft einfügt.

a) Der Kommissionär gehört nun im Handelsverkehr zu denjenigen Hilfspersonen, welche im Interesse eines anderen kaufmännische Dienste verrichten. An und für sich gibt es zwei Möglichkeiten, für einen anderen rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Man kann ein Geschäft im Namen und für Rechnung des Auftraggebers abschließen, wie z. B. der Prokurist oder Handlungsgehilfe. In diesem Falle der sogen. direkten Stellvertretung wird der Vollmachtgeber unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Will aber z. B. der Auftraggeber dem Drittkontrahenten gegenüber nicht als Käufer benannt sein oder sich den Kredit, den ein anderer bei einer Firma hat, zunutze machen, so wird er den Weg der mittelbaren Stellvertretung wählen. Solche und ähnliche Gründe sind es auch, welche zum Abschluß eines Kommissionsvertrages Veranlassung geben. Der Kommissionär schließt das kommittierte Geschäft nach außen als Selbstkontrahent ab, muß jedoch den materiellen Erfolg seines Handelns dem Kommittenten zukommen lassen. Daß die Forderungen aus einem in dieser Weise abgeschlossenen Kaufvertrage nur dem Kommissionär zustehen, ist wohl selbstverständlich. Er allein ist Vertragsgegner des Verkäufers; mit dem Kommittenten tritt dieser in keinerlei rechtliche Beziehungen. Und der Kommissionär wird selbst dann allein forderungsberechtigt, wenn der Verkäufer weiß, daß der im eigenen Namen auftretende Kommissionär für Rechnung eines bestimmten Auftraggebers handelt.[1]) Der Kommittent hat nur ein Recht auf Abtretung der Ansprüche. Vor der Abtretung kann er nicht gegen den Dritten auf Lieferung der gekauften Ware oder bei nicht gehöriger Erfüllung auf Wandelung oder Minderung klagen (vgl. § 392 Abs. 1 HGB.).

b) Von dem obligatorischen Kaufvertrag ist der Eigentumserwerbsakt streng zu scheiden. Muß auch hier der Kommissionär als mittel-

[1]) RG. in Zivils. Bd. 35 S. 53.

barer Stellvertreter handeln? Der Abs. 2 des § 384 HGB. verpflichtet ihn, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Die Frage, ob zu der Geschäftsbesorgung auch der Eigentumserwerb gehört, ist durch das Gesetz nicht geregelt. Im § 383 bestimmt es nur, daß der Kommissionär es übernehme, Waren oder Wertpapiere zu kaufen. Auch kann es Fälle geben, bei welchen der Zweck der Kommission schon durch Abschluß des obligatorischen Vertrages durch den Kommissionär im eigenen Namen erreicht ist, wo also der Kommittent kein Interesse mehr daran hat, daß auch bei der Tradition der Kommissionär als Selbstkontrahent auftritt. Unter diesen Umständen bemerkt nicht ganz mit Unrecht Langen,[1]) weder der rechtliche Begriff des Kommissionsgeschäfts noch der wirtschaftliche Zweck desselben spreche gegen die Möglichkeit, direkt für den Kommittenten Eigentum zu begründen; doch er nimmt trotzdem mit der herrschenden Ansicht an, daß der Kommissionär im Zweifel auch bei der Tradition als mittelbarer Stellvertreter auftritt, es sei denn, daß eine besondere Vereinbarung getroffen ist.[2])

*a*) Daß der Kommissionär bei der Ausführung des ganzen Geschäfts als Selbstkontrahent handelt, liegt zunächst schon in dem engen Zusammenhang zwischen Kaufvertrag und Eigentumsübertragung begründet.[3]) Ersterer bildet die causa zu dem Traditionsakt; denn nach den Regeln über den Kauf ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen (§ 433 BGB.). Käufer ist der Kommissionär; er allein hat mit dem Verkäufer verhandelt und ist allein berechtigt und verpflichtet worden. Von einem bestimmten Auftragsverhältnis wird der Tradent meistens nichts wissen. Somit wird er bei der Übergabe nur den ihm gegenüberstehenden Kontrahenten als Erwerber im Auge haben.[4]) Es ist dabei zuzugeben, daß es ihm für gewöhnlich gleich-

---

[1]) l. c. S. 10.

[2]) vgl. Ehmcke: l. c. S. 26, 27.

[3]) Schon im röm. R. hieß es: Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit (l. 59 D. d. A.R.D. 41, 1).

[4]) Zu weit geht Ehmcke: S. 13 ff., der bei dem Verkäufer nur dann eine Erfüllung seiner Verpflichtungen annimmt, wenn er dafür sorgt, daß „gerade" der Käufer das Eigentum erhält. Tradiert z. B. der Verkäufer mit dem Willen, Eigen-

gültig sein kann, wer Eigentümer der tradierten Sachen wird, zumal der Kommissionär in jedem Augenblick das Eigentum weiterübertragen kann.[1]) Doch bei der Beurteilung der vorliegenden Frage kommt es darauf an, welchen Willen der Tradent in Wirklichkeit faßt.

β) Wie dem Willen des Verkäufers entspricht der Eigentumserwerb des Kommissionärs auch meistens dem Willen des Kommittenten. Dieser wird aus denselben Gründen, die ihn veranlaßt haben, den Kommissionär mit dem Abschluß eines Kaufes im eigenen Namen und auf fremde Rechnung zu beauftragen, wünschen, daß derselbe auch bei der Übereignung als Selbstkontrahent auftritt. Will er z. B. — was im Kommissionshandel häufig vorkommt — seine Person bei dem Geschäft im Dunkeln lassen, so wird er dieses Interesse auch noch bei der Tradition haben. Und warum sollte er von einem Kommissionär, dem er volles Vertrauen schenkt, verlangen, daß er plötzlich seine Vertreterrolle wechselt, wo in der Praxis meistens der obligatorische Vertrag und der Traditionsakt örtlich und zeitlich zusammenfallen! Hat er es mit einem unsicheren Kommissionär zu tun, so wird er schon Vorsichtsmaßregeln treffen, um sich vor Schaden zu hüten. Würde es sich auch nicht sonderbar ausnehmen, wenn der Kommissionär den Kauf als Selbstkontrahent abschlösse und bei der Tradition auf einmal erklärte, daß er das Eigentum für einen Dritten erwerben wolle? Es wird deshalb kaum von einer Seite bestritten, daß der Kommissionär im Handelsverkehr wenigstens nach außen die Ausführung des Kaufes im eigenen Namen vornimmt.

γ) Manche Schriftsteller wissen bezüglich der Willensrichtungen der Parteien noch eine Reihe von Gründen anzuführen, die meines Erachtens wenig zutreffend und überzeugend sind. Es sind zum Teil Hypothesen, die oft gerade so gut in das Gegenteil umgekehrt werden könnten. Dieses gilt besonders bezüglich der Willensrichtung des Kommissionärs. So erscheint es Grünhut[2]) als ein Gebot der bona fides, daß der Kommissionär, um das in ihn gesetzte Ver-

---

tum an dem Gute dem Käufer oder dem zu übertragen, für welchen der Käufer Eigentum erwerben will, so ist er zweifellos seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nachgekommen.

[1]) Die von Ehmcke: S. 17 ff. herangezogenen Beispiele stellen Ausnahmen dar.

[2]) S. 432.

trauen des Kommittenten zu rechtfertigen, den animus domini, den Willen, die Ware für sich zu haben und zu behalten, als dem Willen und dem Interesse des Kommittenten widersprechend, nicht fasse, daß er sich selbst auch nicht einen Augenblick als Eigentümer der eingekauften und ihm übergebenen Spezies betrachte. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich der Kommissionär im Kommissionsvertrage nicht verpflichtet, das Kaufgeschäft im eigenen Namen, aber dessen Erfüllung im Namen des Kommittenten vorzunehmen, daß vielmehr mangels besonderer Abmachung anzunehmen ist, daß er auch die Tradition im eigenen Namen vornehmen soll.[1] Und hat nicht der Kommittent oft ein Interesse daran, daß sein Vertreter zunächst Eigentum für sich erwirbt, so daß es geradezu eine Vertrauensverletzung (mala fides) seitens des Kommissionärs bedeuten würde, wenn er in solchen Fällen den Kommittenten als seinen Mandanten benennen würde! Liegt schließlich dieses „Gebot der bona fides" für den Kommissionär nicht vor, wenn er einen Genuseinkauf allein ausführt? In diesem Falle erlaubt Grünhut doch dem Kommissionär, zunächst Eigentum für sich zu erwerben. Dasselbe läßt sich gegen Jung[2] anführen, der „in der Tatsache des Beauftragtseins in bezug auf diese Ware, in dem Bewußtsein des Kommissionärs ‚davon' und in dem Mangel eines eigenen wirtschaftlichen Interesses" am Kommissionsgut die Erfüllung des Tatbestandes der Vertretung im Besitz, des für einen anderen, nicht für sich „Erwerbenwollens" erblickt.[3]

Wenn man näher zusieht, wie sich die Einigung und Übergabe nach § 929 BGB. vollzieht, so ist ein äußerlich erkennbares Handeln bei dem Kommissionär meistens nicht vorhanden. Er stellt bei der Tradition nicht lange Erwägungen an, für wen er Eigentum erwerben soll, oder ob der Mandant oder er Besitzer und Eigentümer wird. Er nimmt stillschweigend die tradierte Sache an sich. Hierzu führt Schloßmann[4] treffend aus: „Wer das Verkehrsleben nicht

---

[1] vgl. Grünhut S. 267.

[2] S. 200, 201 l. c.

[3] Ebenso dürften nicht die Ausführungen Ehmckes (S. 17 ff.) besonders beweiskräftig sein, wo er den Nachweis zu erbringen sucht, daß den Tradenten sein eigener Vorteil und sein Gerechtigkeitsgefühl dazu bestimmen müßten, nur dem Kommissionär Eigentum zu übertragen (vgl. darüber S. 5, 6 Anm. 4 dieser Arbeit).

[4] Der Besitzerwerb durch Dritte S. 40, 41.

bloß von der Studierstube aus und in der gefälschten Gestalt, die es hier nicht selten annimmt, betrachtet, sondern . . . wer nur sein eigenes geschäftliches Tun mit kritischem Blick verfolgt, der weiß, daß von allen jenen scharfsinnigen juristischen Distinktionen, jenen ‚präsumierten' und ‚stillschweigend erklärten' Absichten, mit welchen unsere Doktrin so häufig rechnet, wenig oder nichts in den Köpfen der Parteien sich findet." Sehr bemerkenswert für die Frage, ob der Kommissionär bei der Tradition überhaupt einen bestimmten Erwerbswillen hat, ist die von Lenel[1]) angeführte Antwort, die bedeutende Hamburger Kommissionäre auf eine diesbezügliche Anfrage gegeben haben. Diese lautete dahin, sie sähen sich außerstande, die Frage zu beantworten, da sie eben keinen bestimmten Erwerbswillen hätten.

Tritt aber die Veränderung in dem Vertreterwillen nicht äußerlich erkennbar hervor oder ist sie auch nicht aus den Umständen ersichtlich, so nimmt der Kommissionär auch den Eigentumserwerb notwendig im eigenen Namen vor. Die gegenteilige Ansicht würde gegen das vom BGB. im § 164 aufgestellte Offenheitsprinzip verstoßen. Auf diesen letzteren Punkt ist bei Entscheidung der Eigentumsfrage das größte Gewicht zu legen. Deshalb werden wir des weiteren hierauf noch später[2]) zurückkommen.

## § 3.

2. a) Ist bisher ganz allgemein festgestellt worden, daß der Kommissionär bei der Einkaufskommission regelmäßig Eigentümer der vom Verkäufer tradierten Waren wird, so gibt es eine ganze Reihe von Fällen, in denen direkter Eigentumserwerb des Kommittenten aus anderen Gründen von vornherein abzulehnen ist. Vor allem gehören hierher die Kommissionen, welche auf Einkauf von Genussachen lauten. Da hier meistens mehrere Einkaufsaufträge oder ein Einkaufsauftrag mit einem Propreeinkauf, die dieselbe Sache zum Gegenstande haben, zusammen ausgeführt werden, fehlt es bei der Tradition an einer individuell bestimmten Sache.[3]) Es genügt nicht, daß dieselbe in genere

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 49.
[2]) S. 18–27.
[3]) vgl. Ehmcke S. 29.

vorhanden ist; es ist notwendig, daß sie einen bestimmten Platz im Raume einnimmt. Ehe man deshalb von einem Eigentumsübergang auf den Kommittenten sprechen kann, muß eine Individualisierungshandlung seitens des Kommissionärs hinzukommen, damit so ein bestimmtes „besitzfähiges Objekt" geschaffen wird.[1]) Hat z. B. ein Kommissionär für A 1000 Pfd., für B 2000 Pfd., für C 1500 Pfd. und für D 10000 Pfd. Hafer einzukaufen und führt er die vier Aufträge zusammen aus, so wird er das Eigentum an den tradierten 14500 Pfd. Hafer für sich erwerben. Es wird ihm auch nicht etwa in den Sinn kommen, Miteigentum je nach Verhältnis für die vier Auftraggeber zu erwerben. Denn bei einem größeren Geschäftsbetrieb wird er schwerlich bei Ausführung mehrerer Aufträge an die einzelnen Auftraggeber denken, viel weniger noch daran, wieviel er für die einzelnen Auftraggeber einzukaufen und abzunehmen hat. Er ist lediglich nur darauf bedacht, sich in die Lage zu setzen, seinen Verpflichtungen aus den verschiedenen Aufträgen nachzukommen. Er wird deshalb „seine eigene Persönlichkeit als Beziehungssubjekt für diese Gütermenge" setzen, um dann nach der Individualisierung Eigentum durch constitutum possessorium oder sonstwie auf seinen Auftraggeber zu übertragen.[2])

Aber selbst wenn der Kommissionär einen Genuseinkauf allein ausführt — was bei einem bedeutenderen Kommissionär selten ist —, wird er, vorausgesetzt, daß er sich überhaupt Rechenschaft über die Eigentumsfrage gibt, zunächst Eigentum für sich erwerben, weil er sonst zur getrennten Aufbewahrung der Waren verpflichtet wäre. Für den Lagerhalter bestimmt dies ausdrücklich § 419 HGB.: „Im Falle der Lagerung vertretbarer Sachen ist der Lagerhalter zu ihrer Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte nur befugt, wenn ihm dies gestattet ist." Erleidet der Kommittent durch Vermischung einen Schaden, so ist der Kommissionär ihm ersatzpflichtig (§ 390 HGB.). Im Falle einer solchen untrennbaren Vermischung entsteht Miteigentum nach den in den §§ 947, 948 BGB. aufgestellten

---

[1]) So auch Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2 S. 519: Die genaue Bestimmung der Einzelsache ist eine Voraussetzung der Eigentumsherrschaft. Man kann daher nicht an 100 Flaschen Wein Eigentum erwerben, solange sie unabgesondert unter 1000 gleichartigen liegen.

[2]) vgl. Jung S. 206; Grünhut S. 437 Anm. 15; Lenel l. c. S. 68/69; auch Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. S. 353.

Regeln. Es werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung haben. Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum (§ 947 Abs. 2 BGB.).

Solche generisch bestimmte Aufträge sind im Kommissionshandel die weitaus häufigsten. Jung, der bei Speziessachen den entgegengesetzten Standpunkt in der Eigentumsfrage vertritt, schreibt S. 209: „Da faktisch im Verkehr diejenigen Sachen, die nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden, die größere Rolle spielen, wird sich bezüglich des Eigentumsüberganges am Kommissionseinkaufsgut die Sache ... praktisch so gestalten, daß der direkte Eigentumserwerb des Kommittenten der seltenere Fall sein wird, in der Mehrzahl der Fälle dagegen der Kommissionär das Eigentum am Kommissionsgut zunächst für sich erwirbt.“ [1])

An dieser Stelle mag auch die naheliegende Frage behandelt werden, ob der Kommissionär, nachdem er selbst Eigentümer der Genussachen geworden ist, verpflichtet ist, dem Kommittenten gerade die in Ausführung der Kommission eingekauften Sachen zu Eigentum zu übertragen, oder ob er weiter darüber verfügen darf, vorausgesetzt, daß er jederzeit in der Lage ist, dieselben zu ersetzen. Bei Speziessachen muß die Frage von vornherein verneint werden, weil hier regelmäßig die Substitutionsmöglichkeit nicht besteht, auch nicht die im folgenden anzugebenden Gründe, die für uns bei Genussachen maßgebend sind, vorliegen. Bezüglich der Genussachen gehen die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts auseinander.[2]) Während ersteres dem Kommissionär ein weiteres Verfügungsrecht zugesteht, ist das Reichsgericht der Ansicht, daß er gerade die für den Kommittenten eingekauften Waren zu liefern hat. So heißt es in dem Urteil des RG. vom 28. 1. 1903:

„Nach § 384 Abs. 2 HGB. hat der Kommissionär dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Für den Kommissionär, der einen Auftrag zum Einkauf von vertretbaren Wertpapieren durch Abschluß des Geschäfts mit einem

[1]) vgl. auch Grünhut S. 439.

[2]) ROHG. Bd. 16 S. 212, Bd. 19 S. 78; RG. in Zivils. Bd. 5 S. 2, Bd. 53 S. 639; dagegen auch RG. in Strafs. Bd. 3 S. 150ff.

Dritten für Rechnung des Kommittenten ausführt, ergibt sich aus dieser Vorschrift die Verpflichtung, diejenigen Stücke, die er von dem Dritten erworben hat, an den Kommittenten herauszugeben, und folglich die Verpflichtung, bis zur Herausgabe die Stücke für den Kommittenten in Verwahrung zu halten." Wir können aus praktischen Gründen nicht die Auffassung des Reichsgerichts teilen. Ist nämlich der Kommissionär verpflichtet, gerade die in Ausführung der Kommission eingekauften vertretbaren Sachen zu liefern, so hat er sie bis zur Eigentumsübertragung getrennt aufzubewahren. Daß dies ein Kommissionär mit größerem Geschäftsbetrieb nicht tut, dürfte nicht zweifelhaft sein. In all den Fällen, in denen er mehrere Aufträge durch einen größeren Einkauf ausführt, müßte er dafür Sorge tragen, daß gerade aus dieser eingekauften Quantität den einzelnen Auftraggebern geliefert wird. Er müßte also entweder direkt die Aussonderung vornehmen und die ausgesonderten Waren allein lagern oder die ganze Gütermenge getrennt aufbewahren. Eine solche Verpflichtung darf nicht aus dem § 384 Abs. 2 HGB. abgeleitet werden. Oder kann der Kommittent mehr verlangen, als daß ihm der wahre Einkaufspreis in Rechnung gestellt wird und ihm die aufgetragenen Genussachen geliefert werden? Wenn in jedem Augenblick die sofortige Ergänzung aus dem vorhandenen Bestand stattfinden kann, so ist nicht einzusehen, wie dem Kommittenten durch das sogen. Depotfixen ein Schaden entstehen soll. Zudem ist zu berücksichtigen, daß der Kommissionär unverzüglich von der Ausführung der Kommission Anzeige zu machen hat. Es kann deshalb auch wohl schlecht, wie dies das Reichsgericht[1]) annimmt, in den Fällen, in welchen der Kommissionär über eingekaufte vertretbare Sachen, die einen Marktpreis haben, weiterverfügt, eine Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt vorliegen.[2])

Direkter Eigentumserwerb des Kommittenten ist ferner unmöglich, wenn Abschluß und Ausführung der Kommission zusammenfallen. Der Eigentumswechsel tritt hier gleichzeitig mit dem Abschluß des Kommissionsgeschäftes ein. Das typische Beispiel ist die Inkassokommission,

[1]) Bd. 5 S. 2 in Zivils.

[2]) Mit uns übereinstimmend: Staub S. 1422, 1423; Lehmann-Ring S. 234 unter Nr. 10; Ehmcke S. 30, 32; vgl. auch Makower S. 1273 zu § 384; a. A. Düringer-Hachenburg S. 303/04 Bd. 3.

die zwar kein eigentliches Kommissionsgeschäft ist, aber nach § 406 HGB. mit in den Bereich unserer Betrachtung zu ziehen ist. Damit der Schuldner an den im eigenen Namen, allerdings in fremdem Interesse auftretenden Kommissionär Zahlung leistet, muß der Zahlungsempfänger seine Berechtigung zur Einziehung der Forderung nachweisen. Diese Legitimation gestaltet sich in den einzelnen Fällen verschieden. Handelt es sich z. B. um die Einziehung einer Wechselforderung, so wird ein Vollindossament notwendig sein. Dabei bleibt die Wechselforderung materiell eine Forderung des Indossanten; es würde ja sonst nicht die Einziehung einer fremden Forderung im eigenen Namen vorliegen. Bei Inhaberpapieren ist der Besitz der Papiere genügend; kurz der Inkassokommissionär muß als Gläubiger formell legitimiert sein.[1])

Der Zahlung, d. h. der Hingabe und Empfangnahme des Geldes, ist mit der herrschenden Lehre Vertragsnatur beizulegen. Der übereinstimmende Wille der Parteien geht dahin, daß die übergebenen Geldstücke in das Eigentum des Zahlungsempfängers übergehen und hierdurch die Schuld des Zahlenden getilgt werden soll. Streng genommen sind es also zwei Verträge, von denen der eine auf „Begründung des Eigentums", der andere auf „Tilgung der Schuld" gerichtet ist.[2]) Handelt nun der Kommissionär dem erhaltenen Auftrage gemäß, so schließt er diese beiden Verträge im eigenen Namen ab. Er wird somit auch notwendig Eigentümer der übergebenen Geldstücke werden.

c) Schließlich kann die Entscheidung der Eigentumsfrage beim Selbsteintritt des Kommissionärs nicht zweifelhaft sein. Dieser liegt nach § 406 Abs. 1 HGB. dann vor, wenn der Kommissionär die Kommission zum Einkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, dadurch ausführt, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert. Erblickt

---

[1]) vgl. hierüber die vortreffliche Arbeit von Langen S. 60ff. Derselbe teilt nach dem Gesichtspunkte, ob Abschluß und Ausführung des Kommissionsgeschäfts rechtlich zusammenfallen oder nicht, die Kommissionen in zwei Klassen ein (S. 7, 8). Während er im ersteren Falle immer den Kommissionär Eigentümer werden läßt, gibt er im zweiten Falle die Möglichkeit zu, daß der Kommittent, ohne daß der Kommissionär äußerlich erkennbar als direkter Stellvertreter auftritt, sofort Eigentum vom Tradenten erwerben kann.

[2]) Langen S. 67ff.

man in dem Selbsteintritt mit der herrschenden Meinung[1]) ein Kaufgeschäft, das der Kommissionär in Ausführung der Kommission mit dem Kommittenten in dem Augenblicke eingeht, in welchem er die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgibt, so kann natürlich dieser obligatorische Vertrag keine dinglichen Wirkungen erzeugen. Der Eigentumsübergang richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sind die Waren dem Erwerber zuzusenden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges festzustellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nämlich in dieser Hinsicht keine besonderen Bestimmungen getroffen.[2]) Wohl besagt der § 447, wer die Gefahr zu tragen hat: „Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat." Wann der Käufer Eigentümer wird, hängt zunächst von der Beantwortung der Frage ab, ob die überbringende Mittelsperson Stellvertreter des Käufers oder Verkäufers ist. Wenn keine besondere Abmachung stattgefunden hat, wird im Verkehr angenommen, daß die Transportperson als Beauftragter des Verkäufers anzusehen ist.[3]) Eine weitere Frage ist, ob die bloße Aushändigung an den Adressaten genügt oder ob der Käufer in jedem Falle noch den Eigentumserwerbswillen kundgeben muß. Das Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 12 S. 81, 82 nimmt an, daß nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts durch die Annahme des vom Verkäufer einseitig ausgeschiedenen, dem Käufer übersandten Kaufgegenstandes allein der Übergang des Eigentums auf den Käufer nicht bewirkt werde, daß vielmehr der Wille des Käufers, das Eigentum erwerben zu wollen, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärt sein müsse. Bei Speziessachen sei immer Übergabe und Annahme als Einigung über den Eigentumsübergang zu betrachten.

---

[1]) Über die verschiedenen Theorien: Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs S. 182; Düringer-Hachenburg S. 349, 350.

[2]) Das preuß. Recht (LR. I 11 § 128) enthielt die Vorschrift, daß der Käufer mit dem Augenblick der Absendung Eigentümer der Waren werde.

[3]) vgl. Dernburg, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 3 S. 283; Langen S. 113.

Bei Genussachen könne in der Annahme der übersandten Ware allein nicht der Ausdruck des Willens, das Eigentum an dieser Ware zu erwerben, gefunden werden; es sei notwendig, daß der Eigentumserwerbswille aus besonderen Erklärungen oder Handlungen hervorgehe. Durch die Besitznahme werde nämlich nur der Wille zum Ausdruck gebracht, die Ware „zu detinieren, um zu konstatieren, ob dieselbe vertragsmäßig, empfangbar sei". Mit Recht verlangt Staub[1]) für den Eigentumsübergang die Kundgebung des Erwerbswillens sowohl bei Genus-, wie auch bei Speziessachen. Steht doch dem Käufer in beiden Fällen die Befugnis zu, die Waren zu untersuchen und bei Entdeckung etwaiger Mängel zurückzuweisen. Die Erklärung des Eigentumserwerbswillens braucht aber keine ausdrückliche zu sein; es genügt z. B., wenn er eine sofortige Mängelrüge nach § 377 HGB. unterläßt oder wie ein Eigentümer über die Sache disponiert.

In Übereinstimmung mit den bisher für den mittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten angeführten Gründen heißt es in der Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch S. 236: „Nach den allgem. Vorschriften des bürgerlichen Rechts muß es als Regel gelten, daß der Kommissionär, da er in eigenem Namen handelt, auch das Eigentum an den für Rechnung des Kommittenten angeschafften Waren zunächst für sich erwirbt; daß es demnach einer Übertragung des Eigentums auf den Kommittenten bedarf, um diesen zum Eigentümer zu machen." Wie die Doktrin[2]) vertritt auch heute die Praxis zum weitaus größten Teile unseren Standpunkt. Das Reichsoberhandelsgericht[3]) und das Reichsgericht haben zu wiederholten Malen entschieden, daß der Eigentumserwerb des Kommissionärs im eigenen Namen zur Ausführung der Kommission gehört und dem Willen des Kommissionärs und Kommittenten entspricht. So führt das RG. Bd. 11 S. 56 aus, für gewöhnlich sei direkter Eigentumserwerb des Kommissionärs an dem Kommissionsgute anzunehmen, weil er in eigenem Namen kauft; solle diese Rechtsfolge ausgeschlossen werden, so müßten besondere Umstände

---

[1]) l. c. S. 1406 ff.

[2]) Lehmann-Ring l. c. S. 234, 236; Staub l. c. 1422; Makower, HR zu § 383 XIg; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 362; Lenel l. c. S. 46.

[3]) ROHG. 16 60, 65; 18 46; 22 18.

ergeben, daß der Kommissionär beim Erwerbe als Stellvertreter des Kommittenten für diesen gehandelt habe.[3])

3. Welche besondere Umstände vorhanden sein müssen, damit die gesetzlichen Erfordernisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Eigentumserwerb durch unmittelbare Stellvertreter gegeben sind, soll im folgenden erörtert werden. Abgesehen von der Möglichkeit, daß die Waren direkt vom Verkäufer an den Kommittenten versandt werden, Fälle, in denen natürlich der Kommissionär bei Ausführung des Kaufes als Zwischenperson ausgeschaltet ist, wird sich ergeben, daß nur ganz ausnahmsweise die Voraussetzungen für direkten Eigentumserwerb des Kommittenten erfüllt sein werden.

## § 4.

a) Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist nach § 929 BGB. erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Erwerber durch Dispositionspapiere über das Gut zu verfügen imstande ist. So bestimmt der § 450 der Vorschriften über das Frachtgeschäft: „Die Übergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Gutes." Entsprechendes gilt nach § 647 HGB. von der Übergabe eines Konnossements und nach § 424 von der Übergabe eines Lagerscheins. Der Schein ist mangels besonderer Vereinbarung auf den Namen des Käufers ausgestellt. Deshalb kann der Kommittent unmöglich sofort

[3]) Allerdings heißt es auch in der RGE. Bd. 30 S. 142: „Das RG. schließt sich der Ansicht derjenigen Rechtslehrer an, welche für das gemeine Recht annehmen, daß der Stellvertreter bei einem sich durch Tradition vollziehenden Eigentumserwerbsgeschäfte für den von ihm vertretenen Geschäftsherrn Besitz und Eigentum erwerben kann, wenn nur der Stellvertreter im Einverständnisse mit dem Geschäftsherrn diesen Willen hat, mag auch der Trident den Stellvertreter zum Besitzer und Eigentümer zu machen beabsichtigen, und mag es der Stellvertreter in einer Erklärung gegenüber dem Tradenten, mit dem er im eigenen Namen kontrahiert, fehlen lassen.

Eigentümer werden. Erst durch ein Indossament und durch Aushändigung der Urkunde oder durch wirkliche Übergabe der Ware kann Eigentum auf ihn übertragen werden.

Durch reale Übergabe des Gutes erlangt der Erwerber die tatsächliche Gewalt und damit den unmittelbaren Besitz (BGB. § 854). Nicht ist mehr wie nach gemeinem Recht eine Willensäußerung des Besitzerwerbers in jedem Falle unbedingt notwendig, wenn auch meistens ein entsprechender Wille vorhanden ist.[1]) Dieser Besitzwille kommt aber als natürlicher, nicht als rechtsgeschäftlicher Wille in Betracht. Mag der frühere Besitzer den Besitzerwerb wollen oder nicht, sein Wille ist ohne Bedeutung. Somit finden beim Besitzerwerb die für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätze keine Anwendung, d. h. für die Stellvertretung im Besitz: Der Stellvertreter braucht dem im § 164 BGB. aufgestellten Offenheitsprinzip nicht zu genügen.[2])

Setzen wir nun voraus, daß der Kommissionär bei der Einkaufskommission die Absicht hat, seinen Auftraggeber direkt zum Eigentümer zu machen, so wird er bei der Tradition von der Kommissionsware nicht als Eigenbesitzer Besitz ergreifen. Er nimmt sie nicht als eine nunmehr ihm gehörende (§ 872 BGB.), sondern als eine fremde an. Aber wenn er auch als Fremdbesitzer seine Gewalt der Herrschaft eines anderen unterordnet, bleibt er selbst dennoch echter, selbständiger Besitzer. Nicht ist er als bloßer Inhaber nach § 855 BGB. zu betrachten: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft, oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer." Ein solches Besitzdienerverhältnis kann zwischen Kommissionär und Kommittent nicht angenommen werden.[3]) Er verwahrt die Sache für seinen Auftraggeber, hat nach § 397 HGB. ein Pfandrecht an derselben; er wird somit eine Mitherrschaft über die Sache beanspruchen und sich nicht als bloßen Besitzdiener fühlen. Das

---

[1]) So auch Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 3 S. 28; Biermann, Sachenrecht S. 6, 7; abweichend Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. Bd. 2 S. 69; Ehmcke l. c. S. 12.

[2]) Ebenso Ehmcke S. 13; Lenel l. c. S. 4/5.

[3]) vgl. Bekker in Jher. Jahrb. Bd. 34 S. 42 ff.; Strohal in Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 5 ff.

Gegenteil kann keineswegs aus der Bestimmung des § 384 Abs. 1 HGB. geschlossen werden, wonach der Kommissionär die Weisungen des Kommittenten zu befolgen hat. Während also der Kommissionär den unmittelbaren Besitz für sich erwirbt, wird der Kommittent nach § 868 BGB. mittelbarer Besitzer. Es liegt nämlich ein Rechtsverhältnis vor, vermöge dessen der Kommissionär seinem Auftraggeber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist. Dieses Rechtsverhältnis ist ein Verwahrungsvertrag, der schon bei Abschluß des Kommissionsvertrages, wenn auch meistens stillschweigend, vereinbart worden ist.

Ist dieser mittelbare Besitz des Erwerbers für den Eigentumserwerb nach § 929 BGB. ausreichend oder ist unmittelbarer Besitz notwendig? Diese Frage ist verschieden beantwortet worden. Leonard[1]) in seiner Schrift „Vertretung im Fahrniserwerb" ist der Ansicht, daß nur der unmittelbare Besitz genüge; es sei nicht ausreichend, daß der Erwerber bloßer mittelbarer Besitzer werde. Zur Begründung seiner Lehre führt er (S. 57, 58) vor allem an, daß in den Fällen der §§ 930, 931 BGB., in denen dem Erwerber der mittelbare Besitz zugewendet werde, ausdrücklich von einem Ersatz der Übergabe die Rede sei. — Dieses beruht aber auf einem ganz anderen Grunde. Abweichend vom französischen Recht hat das neue Bürgerliche Gesetzbuch das Traditionsprinzip aufgestellt. Es ist also nicht die Einigung allein ausreichend, es muß der äußerlich erkennbare Akt der Tradition für gewöhnlich hinzukommen. Da in den Fällen der §§ 930, 931 die Sache keine Ortsveränderung erfährt, ist hier mit Recht von einem Ersatz der Übergabe gesprochen. Bei der Vertretung im Besitzerwerb tritt aber die Tradition äußerlich in die Erscheinung: der Vertreter erhält den unmittelbaren Besitz.[2])

Da Leonard empfunden hat, daß die Möglichkeit einer Vertretung beim Eigentumserwerb gegeben sein muß, hilft er sich dadurch, daß er Besitz und Eigentum nach § 931 BGB. übergehen läßt, also

---

[1]) Vers. Anf. Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. S. 74.

[2]) Vers. Anf. Biermann l. c. S. 136 Anm. 4; Isay l. c. S. 341, 342; Langen S. 93: „Der Unterschied zwischen der Übergabe im § 929 und dem Ersatz in §§ 930, 931 besteht nicht in der Wirkung, ob der neue Erwerber unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erlangt, sondern in der Form, wie der Besitz dem neuen Eigentümer übertragen wird."

mit einem Ersatz der Übergabe. Diese Konstruktion ist nicht nur, wie er selbst zugibt, „etwas künstlich", sondern völlig unhaltbar. Er gibt folgendes Beispiel an[1]: A übergibt dem B als dem Vertreter des C ein Pferd, um dem C daran das Eigentum zu verschaffen. Bei der Übergabe wolle A zugleich, C solle von B das Pferd fordern können; und zwar nehme er diese Abtretung, die zugleich mit der Übergabe erfolge, dem B als dem Vertreter des C gegenüber vor. — Daß im Verkehr der Tradent nicht an eine Abtretung des Herausgabeanspruches — wenn ein solcher tatsächlich bestände — und der Stellvertreter nicht an die Annahme einer Abtretung denken wird, bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung. Sodann steht dem Verkäufer in den meisten Fällen überhaupt kein Anspruch auf Herausgabe zu. Wenn B als Stellvertreter des C von A eine Sache gekauft, bezahlt und als Bevollmächtigter des C tradiert erhalten hat, so steht dem A schwerlich noch ein Herausgabeanspruch zu.[2] Schließlich stellt Isay[3] mit Recht die Frage an Leonard, warum nicht, wenn die Wirkung der Übergabe auch durch einen „Ersatz" herbeigeführt werden könne, die Verschaffung des mittelbaren Besitzes, die er selbst als Ersatz hinstelle, zur Eigentumsübertragung genüge. — Aus diesen Gründen hat die Ansicht Leonards wenig Anklang gefunden. Man nimmt zum Eigentumserwerb nach § 929 die Übertragung des mittelbaren Besitzes als ausreichend an; nicht braucht dem Erwerber gerade der unmittelbare Besitz verschafft zu werden. Eine Vertretung im Besitzerwerb nach § 868 ist also möglich.[4]

## § 5.

b) Daß das zweite Erfordernis des Eigentumserwerbs, die Einigung, eine Vertretung zuläßt, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Einigung

---

[1]) vgl. S. 84, 85.

[2]) Über die Möglichkeit resp. Unmöglichkeit der Abtretung eines Herausgabeanspruchs in dem von Leonard erzählten Beispiele s. Isay S. 344/45.

[3]) l. c. S. 343.

[4]) Planck zu § 929 Nr. 6; Biermann l. c. S. 136; Strohal in seinen grundlegenden Ausführungen über den Besitz in Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 42: Die Erlangung unmittelbaren oder mittelbaren Eigenbesitzes ist Voraussetzung des Eigentumserwerbes an beweglichen Sachen durch Aneignung, und sie vermittelt nach den §§ 929, 930 den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen . . . .

ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, also ein Rechtsgeschäft, und nicht eine bloße gesetzliche Voraussetzung für die Eigentumsübertragung, wie dies Jung (S. 225) annimmt; denn die übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien ist auf eine Rechtsänderung gerichtet, nämlich auf Übertragung des Eigentums. Auf die Einigung findet also die Vorschrift des § 164 BGB. Anwendung. Betrachten wir zunächst kurz den möglichen, aber seltenen Fall, daß der Kommissionär bei der Übergabe offen als Vertreter seines Auftraggebers auftritt und der Tradent mit dem Eigentumserwerb des letzteren einverstanden ist. Hier liegt natürlich eine Einigung vor. Es ist auch denkbar, daß der Kommissionär äußerlich erkennbar dem Kommittenten, der Tradent aber nur seinem Gegenkontrahenten Eigentum verschaffen will. Bei diesem offenen Dissens hat eine Einigung nicht stattgefunden; von einem Übergange des Eigentums kann also keine Rede sein. Die sogen. reservatio mentalis bei verstecktem Dissens kommt nach § 116 BGB. nicht in Betracht.

Zu besprechen sind im folgenden hauptsächlich diejenigen Fälle, in welchen der Kommissionär den Willen hat, direkt für den Kommittenten Eigentum an der Kommissionsware zu erwerben, dieser Wille aber weder äußerlich in die Erscheinung tritt, noch aus den Umständen erkennbar hervorgeht. Zur Lösung der alten Streitfrage der Stellvertretungslehre,[1]) ob unter solchen Umständen der Kommissionär als Selbstkontrahent oder als direkter Stellvertreter anzusehen ist, bedarf es eines näheren Eingehens auf den schon genannten § 164 BGB., der die Stellvertretung bei Willenserklärungen regelt.

Der erste Satz des Paragraphen lautet:

„Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden

[1]) In der Literatur des gemeinen Rechts ist diese Frage vielfach behandelt worden. Bei Nichterkennbarkeit des Stellvertretungswillens beim Eigentumserwerb legte die Mehrzahl der Schriftsteller das Hauptgewicht auf den einseitigen Willen des Empfängers oder Veräußerers, oder auf das Interesse eines der Beteiligten, oder auf das zwischen Herrn und Vertreter bestehende Rechtsverhältnis (vgl. über die einzelnen Theorien Leonard a. a. O. S. 38 ff.). Nur wenige, wie Jhering und Pagenstecher, vertraten das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung. Mit diesen wenigen stimmten aber die höchsten Gerichte vielfach in ihren Entscheidungen überein (s. die bei Leonard S. 10 zitierten Entscheidungen; im übrigen vgl. über den Stand der Frage mit genauer Literaturangabe Grünhut a. a. O. S. 435/36; Langen S. 28 ff.

Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

Was zunächst die Stellvertretungsvollmacht anbetrifft, so wird die Erteilung derselben hier als vorliegend angenommen. Unrichtig ist es, wenn dieselbe als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Wie schon ausgeführt,[1]) verpflichtet nämlich der Kommissionsvertrag — wenn auch nicht ausdrücklich — den Kommissionär, das ganze Ausführungsgeschäft im eigenen Namen vorzunehmen.

Weiter ist erforderlich, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen abgegeben wird, oder es müssen wenigstens die Umstände ergeben, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll (§ 164 Abs. 1). Betrachtet man den § 164 Abs. 1 für sich allein, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß mit diesen Worten das Bürgerliche Gesetzbuch das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung aufstellt, d. h. ein äußerlich erkennbares Handeln im fremden Namen erfordert.[2]) Doch der klare Sinn des ersten Absatzes wird durch den Abs. 2 verdunkelt:

„Tritt der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht."

*β*) Es ist erklärlich, wenn über den Sinn dieses schwerfälligen und dabei noch so geheimnisvollen Satzes, der aus dem § 116 des ersten Entwurfes stammt, in der Wissenschaft ein lebhafter Streit entbrannt ist. Wohl kaum bestritten ist, daß eine solche Willenserklärung nicht der Anfechtbarkeit nach § 119 BGB. unterliegt. „Mit der Zulassung des Einwandes würde Schikanen und Streitigkeiten Tür und Tor geöffnet werden."[3]) Und in den Protokollen zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs[4]) heißt es, es sei der Antrag, bei Nichterkennbarkeit des Stellvertretungswillen sollen die allgemeinen Grundsätze über die Folgen von Willensmängeln Platz greifen, abgelehnt worden, weil eine entsprechende Vorschrift die Verkehrssicherheit gefährden und mit der Entwicklung des neueren Rechts nicht im Einklange

---

[1]) S. 4—7.

[2]) vgl. Leonard a. a. O. S. 6, 7.

[3]) Mot. z. d. Entw. e. BGB. Bd. 1 S. 226.

[4]) S. 137.

stehen würde. Ferner erhebt sich die Frage, welchen Personen gegenüber kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht. Eck[1]) legt den Abs. 2 einengend dahin aus, daß der Handelnde sich nur dem anderen Teil gegenüber nicht auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, berufen könne. Die Lage zwischen Vertreter und Vertretenem solle dadurch nicht betroffen werden.[2]) Diese Auslegung bedeutet eine willkürliche Einschiebung, zu der weder der Wortlaut des Gesetzes noch innere Gründe Veranlassung geben.[3]) Auch sind die Interessen des Vertreters bei einer solchen Interpretation zu wenig gewahrt.

Dieselben Gründe sprechen gegen die Ansicht von Kipp,[4]) der die Worte „kommt nicht in Betracht" dahin versteht, daß der Gegeninteressent den Vertreter festhalten kann, wie wenn er das Geschäft im eigenen Namen geschlossen hätte, nicht aber, daß er dies tun muß; es stehe vielmehr in der Wahl des anderen Teils, ob er das Geschäft als von dem Vertreter in fremdem oder im eigenen Namen geschlossen behandeln will.

Während Cosack im 1. Bd. der 2. Aufl. S. 217 seines Lehrbuchs des deutschen bürgerlichen Rechts von konkurrierenden Rechtsbeziehungen spricht, in die die Geschäftspartei zum Vertreter wie Vertretenen trete[5]) — diese Ansicht hat er im 1. Bd. der 3. Aufl. anscheinend aufgegeben —, beantwortet er in Bd. 2 S. 118 der 3. Aufl. seines Lehrbuchs die Frage, ob der Vertreter des Erwerbers sich als solcher dem Veräußerer zu erkennen geben muß, dahin, daß dies nur dann notwendig ist, wenn der Veräußerer auf die Person des Erwerbers ersichtlich Wert legt;[6]) andernfalls genüge es, wenn der Wille des Vertreters, nicht für sich, sondern für einen anderen zu erwerben, aus Umständen hervorgehe, die nur für den Vertretenen oder sonstige Beteiligte, nicht aber für den Veräußerer erkennbar wären.

---

[1]) Eck, Sammlung von Vorträgen S. 66.

[2]) Vers. Ans. David im Recht 5. Jahrg. Nr. 20 S. 506 ff.

[3]) s. Planck, BGB. zu § 164 Bd. 1.

[4]) Lehrb. des Pandektenrechts von Dr. B. Windscheid unter vergleich. Darst. d. deutsch. bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 306.

[5]) Über die Unhaltbarkeit dieser Lehre vgl. Isay S. 327.

[6]) vgl. damit die Ansicht von Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht S. 139 ff.

Er berücksichtigt also, wie dies auch schon in der Literatur des gemeinen Rechts geschah, nur das Interesse eines Teils, des Veräußerers. Ferner muß doch wohl der Vertreter in erster Linie dem Gegenkontrahenten das Stellvertretungsverhältnis zu erkennen geben; daß er z. B. bevollmächtigt ist, für einen anderen ein Geschäft abzuschließen, ist unerheblich, wenn er nicht als direkter Stellvertreter dem Gegenkontrahenten gegenüber auftritt.

Manche Schriftsteller behaupten schließlich, der § 164 Abs. 2 komme beim Eigentumserwerb an beweglichen[1]) Sachen für gewöhnlich nicht in Betracht. Es sei dem Tradenten gleichgültig, wer Eigentümer werde; er übergebe die Sache für den, welchen es angehe. Besonders ausführlich hat Rümelin im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 43 diese Ansicht vertreten. Zuzustimmen ist Rümelin[2]) für den Fall, daß ein Stellvertretungsverhältnis aus dem Verhalten des Vertreters ersichtlich ist, daß aber nicht hervortritt, für welche bestimmte Person das Geschäft wirken soll. Denn hier ist den Voraussetzungen des § 164 genügt; es geht aus dem Verhalten des Vertreters, aus den Umständen, die Stellvertretungsabsicht hervor. Und eine solche traditio ad incertam personam — wenn man überhaupt von einer incerta persona sprechen kann und will, da die Person des Erwerbers als Auftraggeber genügend bezeichnet ist — muß als zulässig erklärt werden. Sie ist ein dringendes Verkehrsbedürfnis und liegt im Interesse des Vertreters und des Vertretenen. Auch dem Tradenten gegenüber kann sie nicht zu Härten führen; denn er weiß, daß sein Gegenkontrahent für eine andere Person handelt, er erklärt sich mit dem Eigentumserwerb dieser Person einverstanden.[3])

---

[1]) Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Grundstückseigentums kann der sogenannte „animus incertus" des Tradenten nicht in Frage kommen. Sowohl bei der Auflassung als auch bei der Eintragung des neuen Erwerbers ins Grundbuch muß die Person des neuen Eigentümers mit Namen bezeichnet werden. Der Vertreter wird also immer offen als solcher auftreten und den Gegenkontrahenten über den Erwerber nicht im Zweifel lassen können. Auch hat er nach § 29 RGBO. eine öffentlich beglaubigte Vollmacht beizubringen.

[2]) S. 199.

[3]) A. A. Ehmcke S. 13 ff. Mit Unrecht erklärt Jung S. 194/95, eine Einigung über die Person des neuen Erwerbers sei überflüssig; ein Dritter könne selbst gegen den Willen des Tradenten Eigentümer werden. Aus dem Wortlaut des § 929 kann ein solcher Schluß nicht gezogen werden. Von einem Einverständ-

In den Fällen aber, in welchen zwar ein „animus incertus“ auf seiten des Tradenten vorliegt, jedoch weder aus dem Verhalten des Kommissionärs noch aus den begleitenden Umständen ersichtlich ist, daß er in fremdem Namen auftreten will, kann ein direkter Eigentumserwerb des Kommittenten nicht angenommen werden. Zunächst ist Rümelin nicht darin beizutreten, daß der Dritte bei der Übergabe meistens keine bestimmte Person im Auge habe. Abgesehen von den weniger häufigen Fällen, in welchen der Dritte ein Interesse daran hat, gerade seinen Geschäftsgegner zum Eigentümer zu machen, ist, wie schon an anderer Stelle ausgeführt, die causa der traditio für die Willensrichtung des Tradenten maßgebend. Der Tradent will durch die Übergabe seine Kaufverpflichtung erfüllen. Er wird also dem Kommissionär als Käufer die Sache übergeben und das Eigentum verschaffen wollen. Dieser hat allein mit ihm kontrahiert; zu dem Kommittenten, von dem er oft gar nichts weiß, ist er in keinerlei rechtliche Beziehungen getreten.[1])

Aber nehmen wir an, daß sich die Tradition unter der stillschweigenden Erklärung des Tradenten vollzieht: „Ich übergebe die Sache für den, welchen es angeht“, der Vertreter aber in keiner Weise zu erkennen gibt, daß er für einen anderen Eigentum erwerben will. Rümelin[2]) fährt für diesen Fall, nachdem er vorher von dem animus incertus des Tradenten gesprochen hat, fort: „Dementsprechend ist auch der Inhalt der Empfangserklärung gestaltet, und mit diesem unbestimmten Hinweis auf ein mögliches alieno nomine agere ist dem Erfordernis des § 164 genügt. Ein weitergehendes sogen. Offenbarungsprinzip darf nicht erfordert werden, so oft das, und zwar noch in neuerer Zeit, behauptet zu werden pflegt.“ — Es ist nicht einzusehen, wie in dem Verhalten des Vertreters von einem, wenn auch unbestimmten Hinweis auf ein mögliches alieno nomine agere die Rede sein kann. Nach außen tritt doch diese Stell-

---

nis mit dem Eigentumserwerb kann nämlich nur die Rede sein, wenn der Empfänger mit Willen des Tradenten Eigentum erhält. Der Hinweis Jungs auf den Text des 1. Entwurfes ist verfehlt. Dadurch, daß die Worte „auf den Erwerber“ gestrichen sind, sollte nicht der Inhalt der Einigung geändert werden, sondern sie sind als überflüssig weggelassen worden (vgl. Langen S. 199/200).

[1]) vgl. Leonard a. a. O. S. 36 unter 2; Lenel l. c. S. 57.

[2]) S. 231.

vertretungsabsicht nicht hervor; durch den innerlichen Vorgang beim Kommissionär, Eigentum für den Kommittenten erwerben zu wollen, wird dem Offenbarungsprinzip in keiner Weise genügt. Der animus incertus des Tradenten ist für dieses Prinzip irrelevant.

Der Stellvertreter muß seinen Willen, im Namen eines anderen zu handeln, ausdrücklich erklären oder ihn wenigstens irgendwie aus den Umständen zu erkennen geben. Tut er dies nicht, so „kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht". Der Ausdruck „kommt nicht in Betracht" ist hier wörtlich aufzufassen, d. h. der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, ist als nicht vorhanden anzusehen. Sollten die Worte den ihnen von unseren Gegnern beigelegten Sinn haben, so hätten die Gesetzgeber bei der jahrzehntelangen Kontroverse im gemeinen Recht sicherlich einen anderen Ausdruck gewählt. Aber diese haben, wie aus den Motiven und der Denkschrift hervorgeht, das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung gefordert. So führt die Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 28/29 aus: „Ist die Kundgebung (des Stellvertretungswillens) unterblieben, so kann mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommen; vielmehr muß der Vertreter trotz dieses Mangels dem anderen Teil so haften, wie wenn er im eigenen Namen gehandelt hätte." Und in den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches[1]) heißt es: „Zu dem rechtsgeschäftlichen Handeln in Vertretung gehört, daß der Vertretungswille kundgegeben ist. Die Kundgebung bildet einen wesentlichen Bestandteil des in Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfts; sie ergibt den Träger der durch dasselbe zu schaffenden Rechte und Verpflichtungen." Wenn Langen[2]) sich bei seiner gegenteiligen Beweisführung auf die §§ 1381 Abs. 1 und 1646 Abs. 1 BGB. beruft, in welchen die Möglichkeit direkten Eigentumserwerbes für einen Dritten, unabhängig von dessen Benennung beim Vertragsschlusse, gegeben sei, so verkennt er, daß in diesen Paragraphen aus Zweckmäßigkeitsgründen Ausnahmen vom Prinzip statuiert worden sind.

Der tiefere Grund, warum so strenge das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung verlangt werden muß, ist die Rechtssicherheit im

---

[1]) S. 225.

[2]) S. 105 Anm.

Verkehr. „... Es ist dem Verkehr wenig förderlich, wenn die Vermittlerin desselben, die Willenserklärung, keine Gewähr für ihren rechtlichen Bestand in sich birgt. Die Sicherheit und Freiheit wirtschaftlicher Bewegung wird beeinträchtigt, wenn der dem Erklärenden Gegenüberstehende auf dessen Worte sich nicht verlassen kann, wenn er besorgen muß, daß eine in ihrer äußeren Erscheinung völlig unzweideutige Erklärung durch den Nachweis später entkräftet wird, daß der nicht erkennbar gewordene innere Wille des Erklärenden ein anderer gewesen sei."[1] Diese Rechtsunsicherheit zeigt sich sowohl beim Genus- wie beim Spezieseinkauf.[2] Denn wer würde Eigentümer? Derjenige, den der innere Wille des Vertreters dazu bestimmte. Also ein äußerlich nicht erkennbarer, nicht kontrollierbarer Wille wäre für den Eigentumserwerb maßgebend. Nach Belieben könnte der Vertreter bei der Zwangsvollstreckung oder im Konkurse sich selbst oder den Vertretenen als Eigentümer hinstellen. Kommt z. B. der Gerichtsvollzieher, ihn zu pfänden, so gibt er den Vertretenen als Eigentümer an, der event. mit der Interventionsklage nach § 771 ZPO. die Aufhebung der Pfändung verlangt; gerät dagegen der Kommittent in Konkurs, so wird er selbst das Eigentum beanspruchen.

Unsere Auslegung des § 164 BGB. hat auch noch den Vorzug, daß die Beweisfrage ihre bestmögliche Regelung findet. Nehmen wir an, daß B als Kommissionär für C zwei Pferde von D eingekauft hat. Kurz, nachdem die Pferde an B geliefert sind, pfändet sie A, der Gläubiger des B. C klagt nun gegen A auf Freigabe der Pferde, da B als direkter Stellvertreter dieselben für ihn bei der Tradition erworben habe. Zunächst fragt es sich, wer trägt die Beweislast. Hat C zu beweisen, daß B als direkter Stellvertreter bei der Übergabe aufgetreten ist, oder A, daß B auch das Ausführungsgeschäft als Selbstkontrahent, allerdings auf fremde Rechnung, vorgenommen hat? Nach heutigem Recht wird ohne Zweifel der Kläger C beweispflichtig sein.[3] Denn die Vermutung spricht dafür, wie dies auch Langen S. 35 anerkennt, daß der Kommissionär den Abschluß wie die Ausführung des Kaufgeschäftes in eigenem Namen vornimmt. Behauptet also C

---

[1] Mot. z. Entw. eines BGB. S. 190.

[2] vgl. Lehmann in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 51 in der Kritik des Buches von Langen; Rümelin a. a. O. S. 245, 246.

[3] vgl. dagegen Langen S. 33 und besonders Mitteis a. a. O. S. 152, 153.

im vorliegenden Falle eine Ausnahme von der Regel, so hat er das Vorliegen derselben zu beweisen.

Würde nun für den Eigentumserwerb der innere, nicht äußerlich erkennbar gewordene Wille des B maßgebend sein, so wäre B der einzige Zeuge. Dazu kommt noch, daß dieser einzige Zeuge am Ausgange des Prozesses erheblich interessiert ist und meistens gar keinen bestimmten Erwerbswillen, wie schon an anderer[1]) Stelle ausgeführt, gehabt haben wird. „Ist es schon mißlich, jemandem das innere Wissen einer Tatsache nachzuweisen, so erhöht sich die Schwierigkeit bedeutend, wenn es sich um das Wollen eines Rechtserfolges handelt."[2]) Und treffend bemerkt Schloßmann (Der Besitzerwerb durch Dritte S. 43, 44): „Ein Gesetz . . ., welches uns für die Entscheidung der Frage, ob Besitz und Eigentum dem Mandanten oder dem Mandatar zugefallen sei, auf die Untersuchung der Parteiabsicht verweist, würde . . . ein stumpfes Instrument sein; der Richter würde in den meisten Fällen zu einem non liquet gelangen."

Anders lautet das Beweisthema bei unserer Auslegung des § 164 BGB. Zu beweisen ist die objektive Tatsache, daß B bei der Tradition offen als direkter Stellvertreter aufgetreten oder wenigstens seine Vertreterstellung aus den Umständen ersichtlich gewesen ist. Wir haben also nicht den B als einzigen Zeugen, sondern in jedem Falle noch den D, der am Ausgange des Prozesses regelmäßig völlig unbeteiligt ist.

Aus den angeführten Gründen vertreten die neuere Doktrin wie Praxis zum größten Teil das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung, und zwar in dem Umfange, der vorstehend gezeichnet worden ist.[3]) Es soll aber nicht unerwähnt bleiben, daß dieses Prinzip wie jedes streng durchgeführte Prinzip ab und zu zu Härten führen kann. Man denke nur, daß ein Kommissionär, der mit Geld des Kommittenten Waren eingekauft hat, nach der Übergabe in Konkurs gerät. Der Kommittent kann seine Ansprüche nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen. Wie aber

---

[1]) vgl. S. 7 ff.

[2]) Leonard l. c. S. 41.

[3]) vgl. unter anderem Makower, HR. zu § 383 XIg S. 1260; Lehmann-Ring, HR. Bd. 2 S. 234; Leonard a. a. O. S. 2 ff.; Planck, BGB. zu § 164; Crome, BGB. Bd. 1 S. 453; Ehmcke a. a. O. S. 26 ff.; RGE. Bd. 11 S. 56; ROHG. Bd. 16 S. 79; a. A. RG. Bd. 30 S. 142; Langen S. 104; Jung S. 225 Anm.

sonst nicht das Gesetz im vielgestaltigen Verkehrsleben jeden vor einem unsicheren Kaufmann zu schützen vermag, so auch nicht im Kommissionshandel. Es muß eben der Kommittent, der sich mit einem unvermögenden Kommissionär einläßt, selbst Sorge tragen, daß er keinen Schaden erleidet. Übrigens darf in solchen Fällen die Praxis dem Rate Lehmanns[1]) folgen und etwaige Härten des § 164 Abs. 2 durch weitherzige Anwendung der §§ 181 und 930 BGB. mildern.[2])

## § 6.

4. So ist direkter Eigentumserwerb aus den verschiedensten Gründen zu verneinen. Selbst in den Fällen, in welchen diese Annahme an und für sich möglich wäre, scheitert sie an dem Erfordernis der Offenheit in der Stellvertretung. Mit diesem Resultat steht anscheinend der Abs. 2 des § 392 HGB. im Widerspruch, worin es heißt, daß Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Dieser Absatz enthält aber eine Ausnahmebestimmung, und damit die Abweichung von der Regel klar zutage trete, ist der eigentlich selbstverständliche Satz des Abs. 1 vorausgeschickt: „Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen." Dem Prinzip der mittelbaren Stellvertretung gemäß ist hier ausgesprochen, daß die Forderungen aus dem Kaufvertrage dem Kommissionär zustehen. Und zwar kann dieser die Abtretung der Forderungen so lange verweigern, bis er für seine aus der Ausführung des Auftrages gegen den Kommittenten erlangten Ansprüche befriedigt ist (§ 399 HGB.). Nach Abs. 2 des § 392 soll aber die Forderung materiell schon vor der Abtretung im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär sowie dessen Gläubigern dem ersteren zustehen, formell allerdings dem Kommissionär verbleiben. Nur der Kommissionär kann demnach bis zur Abtretung auf Erfüllung klagen.

---

[1]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 51 S. 270.

[2]) vgl. S. 35 ff. der vorliegenden Arbeit.

Die Absicht der Gesetzgeber ist, die Interessen des Kommittenten, der in vielen Fällen schlecht gestellt war, zu schützen. Werden z. B. die noch ausstehenden Forderungen von Gläubigern des Kommissionärs gepfändet, so kann er mit der Interventionsklage Aufhebung der Pfändung verlangen. Auch darf der Kommissionär seinem Gegenkontrahenten gegenüber nicht mit diesen Forderungen aufrechnen, es sei denn, daß es sich um konnexe Forderungen handelt.[1]) Unrichtig ist aber, wenn der Abs. 2 des § 392 dahin ausgelegt wird, daß der Kommissionär überhaupt das Verfügungsrecht über die Forderungen verloren habe. Er kann sie an einen Dritten abtreten, dem Schuldner erlassen. Dabei setzt er sich allerdings der Gefahr aus, sich des Vergehens gegen § 266 Nr. 2 StGB. schuldig zu machen. Auch bedroht der § 79 Abs. 2 des BörsGes. von 1896, unabhängig von den Bestimmungen des Strafgesetzbuches, den Kommissionär mit Gefängnis und mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk., wenn er bei Ausführung eines Auftrags absichtlich zum Nachteile des Kommittenten handelt.

Vergebens hat man diese Ausnahmebestimmung des § 392 auf die sachenrechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten auszudehnen gesucht. So hat Strohal[2]) auf dem 22. Deutschen Juristentage (1893) dem Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht an der Ware geben wollen, welche vom Kommissionär nachweislich auf Rechnung des Kommittenten erworben sei. Nach § 368 (des alten HGB.) habe der Kommissionär an Forderungen nur ein formelles, prokuratorisches Gläubigerrecht. Das aus der Erfüllung solcher Forderungen für den Kommissionär an der Ware erwachsende Recht könne kein stärkeres sein als ein prokuratorisches. Man habe es also mit einem prokuratorischen Eigentum zu tun; denn sonst würde sich die rechtliche Situation des Kommittenten durch die Leistung des Dritten schlechter gestalten, als sie vorher war. Es ist zuzugeben, daß kaum ein wichtiger Grund einzusehen ist, warum der Auftraggeber schlechter gestellt sein soll, wenn die Forderung schon erfüllt ist, als wenn sie nicht erfüllt ist. Für die Gesetzgeber mag vielleicht bestimmend gewesen sein, daß das Einkaufsgut in den zahl-

---

[1]) vgl. Grünhut S. 331, der anscheinend dem Kommissionär ein zu weites Kompensationsrecht gibt.

[2]) Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Bd. 4 S. 203/204.

reichen Fällen, in welchen mehrere auf dieselbe Genussache lautende Kommissionen zusammen ausgeführt werden, bei der Tradition noch nicht genügend bestimmt ist,[1]) und bei der Verkaufskommission der eingezogene Kaufpreis gewöhnlich vom Kommissionär mit anderem Geld vermischt wird. Eine analoge Anwendung des Abs. 2 des § 392 auf die dinglichen Beziehungen zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten verbietet jedoch, abgesehen von dem großen Unterschiede, der zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten besteht, schon der Umstand, daß das Gesetz im Abs. 2 nur für Forderungen[2]) eine Ausnahmebestimmung hat treffen wollen. Alle Anträge, die darauf hinausgingen, an dem vom Kommissionär eingekauften Gute ein relatives Eigentum des Kommittenten im Verhältnis zwischen ihm und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern anzuerkennen, sind abgelehnt; für die Eigentumsfrage sollten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen entscheidend sein.[3])

Mit Unrecht stützt sich deshalb auch Jung[4]) auf den genannten Paragraphen, um zu beweisen, daß direkter Eigentumserwerb des Kommittenten nicht dem Begriff der indirekten Stellvertretung widerspreche, sondern gerade durch ihn gefordert werde. Daraus, daß das Gesetz hier ausdrücklich eine singuläre Ausnahmebestimmung getroffen hat, geht doch hervor, daß regelmäßig der Kommissionär und nicht der Auftraggeber berechtigt und verpflichtet wird, wie dies auch der Abs. 1 des § 392 besagt. Dabei ist Jung (S. 222) der irrigen Ansicht, daß die Forderungen kraft Gesetzes auf den Kommittenten übergegangen seien, während es in der Bestimmung nur heißt, daß sie als Forderungen des Kommittenten „gelten". „§ 392 Abs. 2 statuiert also keine Stellvertretung nach innen, sondern gibt nur durch Sonder-

[1]) S. 8ff. der vorl. Arbeit.

[2]) Und zwar nur für Forderungen, welche aus dem Abschluß des Kommissionsgeschäftes zwischen dem Kommissionär und dem Dritten herrühren, nicht auch für solche, welche schon begründet sind und den Gegenstand des Kommissionsgeschäftes bilden, wie für Forderungen aus einem Wechsel. Der § 392 spricht nämlich nur von Forderungen aus einem Kommissionsgeschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat. A. A. Strohal an derselben Stelle S. 204.

[3]) vgl Prot. der Kommission zur Beratung eines allgem. deutsch. HGB. S. 1451, 1198; Langen S. 17ff. (auch Anm.): Jung S. 187; ROHG. Bd. 16 S. 212.

[4]) S. 220.

vorschriften dem Kommittenten Rechte, die den Wirkungen einer direkten Stellvertretung ähnlich sind.“ [1])

Man kann freilich darüber streiten, ob nicht zweckmäßiger eine solche Schutzbestimmung für den Kommittenten auch in dinglicher Beziehung getroffen wäre.[2]) Damit wäre zugleich das Pfandrecht an eigener Sache, das man als „juristisches Monstrum“ bezeichnet hat, aus der Welt geschafft. So hat denn auch in einer Reihe anderer Staaten, wie in Frankreich, Amerika, England und in der Schweiz, die Eigentumsfrage im Kommissionshandel eine andere Regelung gefunden.[3])

## § 7.

5. Die größte Bedeutung hat der § 392 Abs. 2 HGB. wie überhaupt die hier behandelte Eigentumsfrage im Konkurse des Kommissionärs. Sind die Waren bei der Einkaufskommission schon bei Beginn des Konkurses vom Verkäufer an den Kommissionär übergeben, so hängt das Aussonderungsrecht (§ 43 KO.) des Kommittenten von der Entscheidung der Eigentumsfrage ab. Das Aussonderungsrecht muß, wenn man sich auf den von uns vertretenen Standpunkt stellt,

---

[1]) Ehmcke S. 44.

[2]) Wenigstens für diejenigen Fälle, in welchen das Gut genügend individualisiert ist.

[3]) vgl. Keyßner in der Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 29 S. 304 und Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelb. Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt 1905 S. 56 ff. Letzterer hat in der genannten Schrift den Versuch unternommen (S. 8), die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung in Einklang mit den tatsächlichen Verhältnissen zu bringen und eine konsequente Lehre an die Stelle der von Ausnahmen zerrissenen zu setzen. Seine Vorschläge sind S. 39 zusammengefaßt. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle auf die einzelnen Leitsätze und die vom Verfasser gegebene Begründung einzugehen. Jedenfalls dürfte sich seine Lehre, wenn sie praktisch brauchbar sein soll, „von Ausnahmen zerrissener“ und „inkonsequenter“ gestalten, als die herrschende. Oder entspricht es, um gleich den ersten Punkt herauszugreifen, bei dem seine Kritik einsetzt, vielleicht den geltenden Rechtsregeln, daß der Interessent (Vertretene) auch dem Dritten haften soll? Steht der Interessent nicht ganz außerhalb des Vertrages? Hat der Dritte auch ihm Kredit gegeben, einer zweiten Person, die er meistens gar nicht kennt? Wäre es nicht ein ganz „unberechtigtes Glücksgeschenk“, wenn er plötzlich diese zweite unbekannte Person auch als Schuldner bekäme? (Leonard l. c. S. 13.)

daß also zunächst der Kommissionär Eigentümer des Einkaufsgutes wird, versagt werden. Der Auftraggeber gehört zu den gewöhnlichen Konkursgläubigern und ist als solcher auf eine oft sehr geringe Konkursdividende angewiesen. Allerdings ist die Möglichkeit gegeben, daß er vor Beginn des Konkurses, z. B. durch constitutum possessorium Eigentümer geworden ist. Dazu wäre zunächst der Nachweis notwendig, daß der Kommissionär den betr. Gegenstand in Ausführung der Kommission erworben hat. Sodann müßte der Kommittent dartun, daß er gemäß den §§ 181, 930 BGB. durch einen äußerlich erkennbaren Akt des Kommissionärs Eigentum an diesem Gute erlangt hat. Es könnte dabei auch die Frage auftauchen, ob das Besitzkonstitut nicht nach den §§ 29 ff. der KO. der Anfechtung unterliegt.

Vollständig gewahrt sind dagegen die Interessen des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs, wenn eine Übergabe der Einkaufswaren noch nicht stattgefunden hat. Der Anspruch auf Erfüllung gilt den Konkursgläubigern gegenüber als eine Forderung des Kommittenten.[1]) Daß auch Rechte der Aussonderung unterliegen, darüber dürfte wohl kein Zweifel bestehen. Der Gesetzgeber spricht nämlich im § 43 der neuen wie auch im § 35 der alten KO. von Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen „Gegenstandes" und nicht von Aussonderung einer „Sache". Unter „Gegenstand" ist aber nicht nur ein körperlicher Gegenstand, sondern auch ein Recht zu verstehen. Der Kommittent kann also die Forderungen aus dem Kaufvertrage, die noch formell dem Kommissionär zustehen, aussondern. Sie gehen jedoch nicht kraft Gesetzes auf den Kommittenten über. Um sie gegen den Schuldner geltend machen zu können, muß eine Abtretung durch Vertrag (§ 398 BGB.) zwischen Konkursverwalter und Kommittent erfolgen.[2])

Ist die Einkaufsware nach Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Konkursverwalter zu der Masse eingezogen worden, so erstreckt sich die Ersatzforderung zunächst auf die gelieferte Ware, wenn diese sich noch in der Konkursmasse befindet. Es erhellt dies aus dem Satz 2 des § 46 der KO.:

---

[1]) § 392 Abs. 2 HGB.

[2]) vgl. Jaeger, Komm. z. KO. S. 368; Pöppinghaus, Die Rechtsstellung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs, Erlanger Dissert. (1899), S. 30

„Er (der Aussonderungsberechtigte) kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen ist."

Ist der eingezogene Gegenstand untergegangen, so kann zwar von einer Aussonderung keine Rede mehr sein; der Kommittent erhält aber doch eine vorzugsweise Befriedigung, weil ihm eine Masseforderung nach § 59 Nr. 1 oder 3 KO. zusteht.[1] Hat der Konkursverwalter den Untergang zu vertreten, so entsteht eine Massesschuld nach § 59 Abs. 1; im Falle, daß von einem Dritten der Untergang verschuldet und Schadensersatz an die Masse geleistet worden ist, hat der Kommittent einen Masseanspruch nach § 59 Abs. 3, da die Masse rechtlos bereichert ist.

Ist schließlich der eingezogene Gegenstand von dem Konkursververwalter weiter veräußert worden, so findet der Satz 1 des schon genannten § 46 KO. Anwendung. Derselbe lautet: „Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen."[2]

Wie für den Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs, ist auch umgekehrt für den Kommissionär im Konkurse des Kommittenten eine Schutzbestimmung getroffen. Der Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesandt und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor Konkurseröffnung an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind (§ 44 KO.). Ist die Ware also zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch unterwegs oder nach Eröffnung des Konkurses an dem Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam des Kommittenten oder einer anderen Person für letzteren gelangt, so kann der Kommissionär das sogen. Verfolgungsrecht an dem Kommissionsgute, wenn

[1] vgl. Jaeger S. 369.

[2] vgl. Jaeger Anm. 17 zu § 43; Pöppinghaus S. 31.

er wegen seiner Ansprüche noch nicht vollständig befriedigt ist, geltend machen. Mit der herrschenden Lehre muß man das Rückforderungsrecht als einen obligatorischen Anspruch betrachten, der auf Rückübertragung des Besitzes resp. des Eigentums an der übersandten Ware gerichtet ist.[1]) Das Recht kann nicht geltend gemacht werden, wenn der Konkursverwalter nach § 17 an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllt.

## § 8.

II. 1. Bisher ist festgestellt worden, daß der Kommissionär trotz der im § 392 Abs. 2 HGB. für Forderungen enthaltenen Ausnahmebestimmung für gewöhnlich zunächst Eigentümer der eingekauften Waren wird, daß es mithin einer weiteren Übertragung bedarf, um den Kommittenten zum Eigentümer zu machen. Dieser Akt wird regelmäßig in der wirklichen Übergabe des Gutes bestehen. Der Kommittent kann jedoch auch schon vor der realen Übergabe Eigentum erlangen, und zwar, ohne selbst bei dem Eigentumserwerb mitzuwirken. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Weg in den §§ 930, 181 gezeichnet.

a) Nach § 930 kann die Übergabe, wenn der Eigentümer im Besitze der Sache ist, dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Der Kommissionär ist in unserem Falle Besitzer und Eigentümer. Das Rechtsverhältnis, die causa detentionis, welche gefordert wird, ist darin zu suchen, daß er die Sache bis zur Übergabe an den Kommittenten verwahren soll. Ein solcher Verwahrungsvertrag wird nicht selten ausdrücklich, öfters jedoch stillschweigend von den Parteien vereinbart sein. Eine solche stillschweigende Abmachung ist vor allem dann immer als vorliegend anzunehmen, wenn, wie häufig bei Spekulations- und anderen Börsengeschäften, sich mit der Kommission zum Einkauf eine Kommission zum Verkaufe durch denselben Kommissionär verbindet. Ohne weiteres aber kann ein solcher Verwahrungsvertrag nicht angenommen werden. Tradiert z. B. der Kommissionär bald nach Empfang das Kommissions-

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 180, 181; Jaeger S. 370ff.; Meyer, Komm. zur KO. zu § 44; RG. Bd. 32 S. 20ff.

gut an den Auftraggeber, so kann von einem Verwahrungsvertrage wohl nicht die Rede sein; denn dann könnte man mit Recht das Besitzkonstitut im Kommissionshandel als einen „Deus ex machina" bezeichnen, der den Kommittenten möglichst schnell zum Eigentümer machen soll.

b) Und wie vollzieht sich die Einigung, welche das zweite notwendige Erfordernis des Eigentumserwerbs ist? § 181 BGB. sagt, daß immer ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen kann, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Der Kommissionär kommt durch das Besitzkonstitut seinen Verpflichtungen aus dem Kommissionsvertrage nach, da er alles herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Er ist somit in der Lage, als Vertreter des Kommittenten die Eigentumsübertragung mit sich selbst zu vollziehen. Dazu gehört aber, daß er den Übertragungswillen, den Willen, den Besitz weiterhin für den Kommittenten auszuüben, in erkennbarer Weise erklärt. Es ist unrichtig, wenn Jung[1]) schreibt: „Daß eine besondere Erklärung des Übertragenden, nunmehr für den anderen besitzen zu wollen, wie sie bisher partikularrechtlich erfordert wurde, für das Besitzkonstitut des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht wesentlich ist, ist . . . nicht zweifelhaft."[2]) Gegen diese Ansicht spricht der § 164 BGB., wie überhaupt die ganze Lehre von den Willenserklärungen. „Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist das bewußte Verhalten einer Person, aus welchem der Schluß gezogen wird, daß eine rechtliche Folge eintreten soll."[3]) Somit gehört zu jeder Willenserklärung ein äußerlich erkennbares Handeln, wie dies auch Doktrin[4]) und Praxis meistenteils annimmt. Unter anderem heißt es in dem Erkenntnis des Reichsgerichts vom 3. 1. 1903: „Der Gemeinschuldner hätte wohl gemäß § 181 als Vertreter des Klägers, mit sich selbst kontrahierend, Besitz und Eigen-

[1]) a. a. O. S. 208/09.

[2]) vgl. auch Lehmann-Ring Anm. 18 zu § 392 für den Einkauf von Speziessachen: „Da es hier einer Spezialisierung nicht bedarf, wird man regelmäßig praktisch darauf hinauskommen, daß das Eigentum an den Kommittenten mit Ausführung der Kommission übergeht. Vgl. aber auch Anm. 10 zu § 392.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 6.

[4]) Langen S. 115; Biermann zu § 930 S. 198; Rießer, Bankdepotgesetz S. 31; Hahn l. c. S. 386/87; Planck Bd. 3 S. 183.

tum auf den Kläger übertragen können. Wirksam wäre das Geschäft der Eigentumsübertragung aber nur dann gewesen, wenn er den Doppelwillen des Übertragens und des Abnehmens des Eigentums ... nicht lediglich in seinem Innern gefaßt, sondern auch durch äußere Tatsachen an den Tag gelegt hätte." Und in der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch[1]) ist ausgeführt, daß zur Eigentumsübertragung der in erkennbarer Weise bekundete Wille des Kommissionärs genüge, den Besitz weiterhin für den Kommittenten auszuüben.

Wann eine solche erkennbare Erklärung des Selbstkontrahierungswillens vorliegt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Isay[2]) verlangt eine verkehrsgemäße Willensäußerung des Geschäftsführers, die ihn dem Geschäftsherrn oder dem Gegenkontrahenten gegenüber kontrollierbar bindet. So hält er es nicht für ausreichend, daß der Einkaufskommissionär die Wertpapiere gesondert in einen Schrank legt, auch nicht einmal, wenn er sie in einen mit dem Namen des Kommittenten bezeichneten Umschlag steckt; denn es stände ihm hier noch immer frei, die Bestimmung zu ändern oder zurückzunehmen.[3]) M. E. geht hier Isay zu weit. Ein solches Erfordernis würde das Selbstkontrahieren des Vertreters ungebührlich erschweren; auch würde es in denjenigen Fällen, in welchen ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes, allerdings nicht kontrollierbar bindendes Handeln des Kommissionärs nachgewiesen werden kann, zu unbefriedigenden Resultaten führen. Oder entspricht es der Billigkeit, daß der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs aus dem Grunde mit seinem Aussonderungsrecht zurückgewiesen wird, weil der Kommissionär den Selbstkontrahierungswillen, den er zweifellos gehabt hat, nicht in bindender Weise kundgegeben hat? So läßt man denn auch zum constitutum possessorium bei kommissionsweise eingekauften Wertpapieren die Bezeichnung mit dem Namen des Kommittenten, Eintragung der Effektennummern in die Handelsbücher auf Konto des Kommittenten, Legen der Papiere in ein besonderes Behältnis genügen.[4]) Nicht reicht aber z. B. die einfache Anzeige des Kommissionärs an den Kommittenten aus, er habe die

[1]) S. 236.

[2]) l. c. S. 336, 337.

[3]) Vers. Ansicht Lenel l. c. S. 71; dagegen Ehmke S. 30; Planck Bd. 3 S. 183.

[4]) vgl. ROHG. Bd. 25 S. 255.

Nummern gekauft und in sein Depot genommen; denn hieraus kann nicht der Schluß gezogen werden, daß der Anzeigende sich weiterhin als bloßen Depositar betrachten und das Eigentum an den Auftraggeber übertragen will.[1])

## § 9.

2. Für den Eigentumsübergang im Börsenverkehr, dem heutzutage wichtigsten Gebiet des Kommissionshandels, hat das Bankdepotgesetz vom 5. 7. 1896 eine besondere Regel aufgestellt. Zivilrechtliche, strafrechtliche und wirtschaftliche Lücken und Mängel, welche der bisherige Rechtszustand gezeigt hatte, gaben zu diesem Gesetze Veranlassung (vgl. Rießer, Bankdepotgesetz S. 2 ff.). Bisher war vor allem keine Frist bestimmt, innerhalb welcher der Kommissionär Eigentum auf den Kommittenten zu übertragen hatte. Die Papiere verblieben oft längere Zeit in Verwahrung des Kommissionärs, und verlangte der Kommittent eine schleunige Übertragung des Eigentums, so mußte er nicht selten einen langwierigen Prozeß anstrengen. Daß unter diesen Umständen der Auftraggeber im Konkurse des Kommissionärs schlecht gestellt war, liegt auf der Hand. Um besonders diesem Übelstand abzuhelfen, hat das Depotgesetz eine Reihe wichtiger Vorschriften getroffen. Im § 3 hat es dem Kommissionär die Pflicht auferlegt, beim kommissionsweisen Einkauf von Wertpapieren im Sinne des § 1 des Gesetzes binnen einer Frist von drei Tagen dem Kommittenten ein Verzeichnis der Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale zu übersenden. Befreiung von dieser Pflicht tritt ein, wenn der Kommittent auf Mitteilung des Verzeichnisses verzichtet hat, die eingekauften Stücke bereits an den Kommittenten ausgeliefert sind, oder schließlich ein Auftrag des Kommittenten zur Wiederveräußerung ausgeführt ist.[2]) Sendet der Kommissionär das Stücke-

[1]) vgl. RG. Bd. 19 S. 159. Übrigens ist die Frage nach dem Vorliegen eines Besitzkonstituts für Wertpapiere insofern eine müßige, als hierfür das Bankdepotgesetz, wie im folgenden Paragraphen gezeigt werden soll, Sondervorschriften getroffen hat. Aber was von Wertpapieren gesagt ist, gilt analog für die übrigen Genussachen.

[2]) vgl. Abs. 2 u. 3 des § 3.

verzeichnis nicht rechtzeitig ab und holt er das Versäumte auf eine an ihn ergangene Aufforderung nicht binnen drei Tagen nach, so kann der Auftraggeber die Erfüllung zurückweisen und daneben Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen.[1]) Zudem ist eine strafrechtliche Verfolgung möglich. § 10 des Depotgesetzes bestimmt nämlich, daß der Kommissionär, wenn er der Vorschrift des § 3 vorsätzlich zuwiderhandelt und der Auftraggeber dadurch bezüglich des Aussonderungsrechtes an den eingekauften Wertpapieren benachteiligt wird, mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft werden kann.

Mit der Absendung[2]) des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist, über. Verfügungsberechtigt ist der Kommissionär, wenn er selbst Eigentümer oder vom Eigentümer zur Verfügung über die Stücke ermächtigt ist. Somit gilt beim § 4 des Depotgesetzes nicht der Grundsatz: „Hand wahre Hand." Der gutgläubige Kommittent erwirbt vom nichtverfügungsberechtigten Kommissionär kein Eigentum. Allerdings wird der Mangel der Verfügungsberechtigung durch nachfolgende Übergabe wieder geheilt, weil dann die gewöhnlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der § 366 HGB. Anwendung finden. Düringer-Hachenburg[3]) nennen die Absendung des Stückeverzeichnisses eine völlig selbständige, dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremde Art der Eigentumsübertragung. Sie sei kein dinglicher Vertrag, vielmehr ein einseitiger Akt des Kommissionärs, eine unechte Willenserklärung, d. h. der Absendung des Stückeverzeichnisses komme die Eigenschaft als Willenserklärung nicht kraft Willens des Kommissionärs, sondern kraft Gesetzes zu.[4]) Dieser Ansicht ist insoweit beizutreten, als ein Eigentumsübertragungswille bei Absendung des Verzeichnisses nicht unbedingt notwendig ist.[5]) Auch wenn der Kommissionär das Eigentum an den eingekauften Papieren aus irgend einem Grunde behalten wollte, würde dasselbe auf den Auftraggeber übergehen.[6])

[1]) § 4 d. Ges.

[2]) Es kommt nicht darauf an, daß das Verzeichnis auch dem Kommittenten zugeht; die bloße Absendung genügt zur Eigentumsübertragung.

[3]) HR. Bd. 3 S. 364.

[4]) Düringer-Hachenburg, HR. Bd. 2 S. 10.

[5]) Vers. Anf. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 85.

[6]) vgl. dag. Rießer l. c. S. 35, der sich auf die amtliche Begründung des Depotgesetzes S. 78 bezieht; Strohal S. 203, Verhandl. des 22. Deutsch. Juristentages.

Aber in der Praxis wird der Abschluß eines constitutum possessorium nach § 930 in Verbindung mit § 181 BGB. für gewöhnlich als vorliegend anzunehmen sein. Der Kommittent weiß, daß er mit Absendung des Verzeichnisses das Eigentum an den Papieren verliert und sich nur noch als Verwahrer derselben zu betrachten hat. Wenn er also das Verzeichnis unter genauer Angabe der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale aufstellt und zur Post gibt, wird er naturgemäß den Willen haben, die in dem Verzeichnis enthaltenen Papiere seinem Auftraggeber zu Eigentum zu übertragen.

Der Eigentumsübergang auf den Kommittenten kann auch schon in einem früheren Zeitpunkte als in dem Augenblick der Absendung des Stückeverzeichnisses stattfinden, soweit dies nach den sonst geltenden Bestimmungen möglich ist. Hätte also der Kommissionär schon vorher ein constitutum possessorium mit sich selbst vorgenommen, so wäre die Absendung in dinglicher Beziehung ohne Wirkung.

Das Bankdepotgesetz ergänzt somit die allgem. Regeln des Kommissionsrechtes für das Gebiet des Börsenverkehrs. Wie für den sonstigen Verkehr die Eigentumsfrage zu entscheiden ist, darüber hat es keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. So viel geht jedoch klar aus der Begründung des Gesetzes wie aus dem Gesetz selbst, besonders aus dem § 7 Abs. 1 hervor, daß der Kommissionär zunächst als Eigentümer der kommissionsweise eingekauften Wertpapiere zu betrachten ist, daß es noch eines weiteren Aktes bedarf, um den Kommittenten zum Eigentümer zu machen. Mit Unrecht legt deshalb Jung[1]) dem Depotgesetze keinerlei Bedeutung für die Entscheidung der Eigentumsfrage beim Kommissionseinkauf bei. Es ist richtig, daß der § 7 den spätesten Zeitpunkt des Eigentumserwerbs des Kommittenten feststellt; gleichzeitig tut er aber dar, daß der Kommissionär — und das steht doch in Frage — zunächst Eigentümer der Wertpapiere geworden ist. Es erkennt auch Langen[2]) an, daß die Motive des Depotgesetzes im Gegensatz zu seinen Ausführungen immer zunächst Eigentumserwerb in der Person des Kommittenten annehmen.[3])

[1]) S. 184.
[2]) S. 49.
[3]) vgl. Ehmcke S. 45, 46.

# C. Schluß.

## § 10.

Die bisher für die Eigentumsfrage beim Kommissionseinkauf aufgestellten Regeln finden entsprechend auf die Verkaufskommission Anwendung. Der Kommittent übergibt bei der letzteren dem Kommissionär Waren mit dem Auftrage, dieselben nicht unter einem festgesetzten Preise in eigenem Namen zu verkaufen. An dem Verkaufsgut erwirbt der Kommissionär regelmäßig nur den Besitz, nicht das Eigentum.[1]) Und zwar bleibt der Auftraggeber selbst mittelbarer Besitzer nach § 868 BGB., während er seinem Mandatar den unmittelbaren Besitz verschafft, damit derselbe als Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nachkommen kann. Nicht hat er den Willen, letzteren zum Eigentümer zu machen, zumal dessen Eigentumserwerb keineswegs in seinem Interesse liegen würde. Gerät nämlich der Kommissionär in Konkurs, so müßte er als gewöhnlicher Konkursgläubiger seine Befriedigung suchen, während er sonst als Eigentümer ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. geltend machen kann. Der Kommissionär hat zu seinem Schutze an dem Kommissionsgute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein gesetzliches Pfandrecht.[2]) Da er die ihm anvertrauten Sachen in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten verkauft, wird er allein dem Käufer gegenüber verpflichtet und berechtigt. Er erfüllt seinerseits den Vertrag dadurch, daß er das Gut, das nicht ihm gehört, in eigenem Namen zu Eigentum überträgt. Düringer und Hachenburg[3]) nehmen an, der Dritte werde in diesem Falle kraft der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. Eigentümer. Die Ausnahme — der Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer als Folge des guten Glaubens — werde hier zur Regel.

[1]) Liegen die Voraussetzungen des § 400 HGB. vor, so wird selbstverständlich der Kommissionär nach § 929 Satz 2 BGB. Eigentümer.

[2]) § 397 HGB.

[3]) Bd. 3 S. 365 Nr. 3.

Derselben Ansicht sind anscheinend Lehmann und Ring,[1]) bei denen es heißt: „Veräußert oder verpfändet der Kommissionär das Gut an einen Dritten, so wird dieser, wenn er redlich ist, in Gemäßheit von BGB. §§ 932—936, HGB. § 366 Eigentümer, und zwar freier Eigentümer.“ Ist aber der Kommissionär wirklich als Nichtberechtigter im Sinne der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. anzusehen? Nach Düringer-Hachenburg[2]) selbst ist derjenige nicht berechtigt, der eine Verfügung über eine Sache trifft, zu der er nicht befugt ist. Trifft diese Definition auf den Verkaufskommissionär zu? Zwar steht das Kommissionsgut nicht in seinem Eigentum, aber es ist ihm vom Kommittenten die Befugnis erteilt worden, dasselbe in eigenem Namen zu verkaufen und zu Eigentum an den Käufer zu übertragen. Es kann deshalb bei der Tradition im Falle der Verkaufskommission von Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, keine Rede sein. Formell trifft allerdings der § 932 BGB. zu, weil der Kommissionär Eigentum an einer Sache überträgt, die ihm nicht „gehört“. Doch der Paragraph will den gutgläubigen Dritten sicherlich nur dann schützen, wenn ein Nichteigentümer widerrechtlich eine Sache veräußert und damit unbefugt in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Verfügt jemand mit Einwilligung des Berechtigten über eine fremde Sache, so hat der Dritte keinen besonderen Schutz notwendig. Eine solche Verfügung ist in jedem Falle vollwirksam nach § 185 Abs. 1 BGB.: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.“ Und diese Bestimmung greift auch Platz, wenn der Verkaufskommissionär Eigentum an den ihm anvertrauten Waren überträgt, und nicht die Vorschrift des § 932 BGB. und des § 366 HGB.[3])

Anders liegt die Sache, wenn der Kommissionär den Weisungen des Kommittenten zuwider ein Gut veräußert. Nach § 385 HGB. braucht der Kommittent ein solches Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. Hiermit ist keineswegs gesagt, daß er das Gut vom Dritten zurückverlangen kann; vielmehr regelt diese Vorschrift nur das

[1]) Zu § 392 HGB. S. 234 oben.

[2]) Bd. 2 HR. S. 458 Nr. 2.

[3]) vgl. Biermann, Sachenrecht S. 136 unter 3a; Cosack Bd. 1 BGB. S. 177, 178.

Innenverhältnis zwischen Mandant und Mandatar. Für die Beantwortung der Frage, ob der Dritte unter diesen Umständen Eigentümer wird, kommen die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb in Betracht. Wußte also der Dritte, daß er mit einem Nichteigentümer kontrahierte und derselbe den Weisungen des Eigentümers zuwider das Kommissionsgut verkaufte, so ist kein Eigentum auf ihn übergegangen. Genehmigt allerdings der Kommittent nachträglich den Verkauf, so konvalesziert die Verfügung gemäß § 185 Abs. 2 und § 184 Abs. 1 BGB. Wenn der Dritte den Kommissionär in gutem Glauben für den Eigentümer oder ihn in seiner Stellung als Kommissionär für verfügungsbefugt hielt, so erwirbt er nach den §§ 932 ff. BGB. und dem § 366 HGB. Eigentum. Entsprechendes gilt für den Fall, daß der Kommittent nicht Eigentümer des dem Kommissionär übergebenen Gutes war.

Bezahlt der Verkäufer bei der Verkaufskommission den Kaufpreis, so geht das Geld in das Eigentum des Kommissionärs über.[1]) Hierfür sprechen dieselben Gründe, welche den mittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten bei der Einkaufskommission rechtfertigen. Es scheitert der direkte Eigentumserwerb des Kommittenten also auch hier, selbst wenn der Kommissionär den äußerlich nicht erkennbaren Willen hätte, sofort seinen Auftraggeber zum Eigentümer zu machen, an dem im § 164 BGB. geforderten Offenheitsprinzip. Daß das Gegenteil im Kommissionsvertrage vereinbart werden und der Kommissionär, wenn er dann als unmittelbarer Stellvertreter nach außen auftritt, für seinen Auftraggeber direkt Eigentum erwerben kann, ist selbstverständlich.

[1]) Anderer Ansicht das RG. Bd. 24 S. 314, welches den inneren Willen des Kommissionärs entscheidend sein läßt. „Die rechtliche Möglichkeit solcher Besitzergreifung für einen andern, wenn auch der im Besitz Stehende dem Tradenten gegenüber auftritt, ohne jenen Willen, den Besitz sofort als Vertreter eines Dritten zu greifen, diesem kundzugeben, besteht, wie sie für das gemeine Recht überwiegend anerkannt war, auch für das preuß. Recht (vgl. Dernburg, Preuß. Privatr. 4. Aufl. Bd. 1 S. 370). Bei dem Tradenten läßt sich in bezug auf die Übertragung des Geldes kein anderer Wille annehmen als der, dem Gegenkontrahenten gegenüber unter Befreiung von der Kaufgeldschuld sein Eigentum an dem Gelde aufzugeben, während es für ihn ohne Interesse ist, ob dieser den Besitz und das Eigentum für sich oder für einen Dritten antritt." Vgl. aber auch RG. in Strafs. Bd. 3 S. 152 ff.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.